

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Studie over de netneutraliteit (Internet) en de maatregelen voor het beheer van het handelsverkeer

BRAET, O.; Laurent, Schumacher; Valcke, Peggy; Stevens, D.; GRAEF, I.; Jacquemin, Hervé; Piron, Maxime; Queck, Robert

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

BRAET, O, Laurent, S, Valcke, P, Stevens, D, GRAEF, I, Jacquemin, H, Piron, M & Queck, R 2013, *Studie over de netneutraliteit (Internet) en de maatregelen voor het beheer van het handelsverkeer: 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY : eindrapport*. Crids, Namur.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica



CENTRE DE RECHERCHE INFORMATION, DROIT ET SOCIÉTÉ



Studie over de netneutraliteit (Internet) en de
maatregelen voor het beheer van het handelsverkeer

2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY

Eindrapport

O. Braet, I. Graef, H. Jacquemin, M. Piron,
R. Queck, L. Schumacher, D. Stevens, P. Valcke

Opdrachtgever: FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie

Leuven, 20 juni 2013

[opzettelijk blanco pagina]

Inhoudsopgave

Synthese.....	1
Hoofdstuk I: Concept, oorsprong en doelstellingen van netneutraliteit	3
1. Conceptueel kader inzake netneutraliteit	3
A. Juridische context van de « netneutraliteit » en van onze analyse.....	3
B. Technische en economische context.....	6
2. Internationale context	8
A. Verenigde Staten.....	8
B. World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)	12
3. Europese context	14
A. Europese Unie	14
B. Het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC)	32
4. Nationale initiatieven inzake netneutraliteit	42
A. Frankrijk	42
B. Nederland.....	46
5. België	50
A. Oorsprong	50
B. Definitie	51
C. Doelstellingen.....	51
D. Adviezen BIPT en Privacycommissie	51
E. Conclusies.....	53
6. Aanzet tot (werk)definities	54
Hoofdstuk II: Juridische aspecten van netneutraliteit.....	57
1. Netneutraliteit en reglementering van de elektronische communicatie.....	57
A. Netneutraliteit en de bescherming van de eindgebruikers	57
B. De netneutraliteit en de reglementering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht.....	77
2. Netneutraliteit en reglementering van de elektronische handel.....	82
A. Antecedenten en context van de rechtspraak van het Hof van Justitie	82
B. Belang en perspectieven die door deze rechtspraak geopend worden in de context van de netneutraliteit.....	86
C. Conclusies.....	89
3. Netneutraliteit en algemene regels inzake vrije en eerlijke mededinging	90
A. Problematische gedragingen.....	92
B. Overzicht van nationale relevante rechtsregels	95

C. Analyse	99
D. Synthese	108
4. Netneutraliteit en bescherming van persoonsgegevens.....	109
Hoofdstuk III: Economische aspecten van netneutraliteit	112
1. Inleiding.....	112
2. Netneutraliteit binnen een platformeconomie.....	113
A. Definitie van netneutraliteit	113
B. Definities ‘double lane internet’ en ‘investeren’	115
C. Kosten.....	121
D. Baten.....	124
E. Kosten-baten.....	125
F. Innovatie	126
G. Kosten-baten + Innovatie	128
H. Kosten-baten en Innovatie tabel geprojecteerd op platformdominantie.....	129
3. Belgische cases	133
A. Voorbeelden van ongevraagde prioritering	134
B. Door klant gevraagde prioritering	137
4. Conclusie: Naar een reglementering van problematische platformdominantie.....	139
A. Tijdelijke schaarste.....	140
B. Advies	141
Hoofdstuk IV: White paper over reglementering van netneutraliteit in België – Aanbevelingen voor een efficiënte aanpak	143
1. Inleiding.....	143
2. Overwegingen in verband met de noodzaak om vandaag wetgevend op te treden in België	144
A. Het begrip « netneutraliteit ».....	144
B. Herziening van de grondwet om het beginsel van de netneutraliteit er in op te nemen.....	145
C. Het bestaande regelgevende kader in België, de toegepaste methode en beginselen – algemene opmerkingen.....	147
D. Voorstellen betreffende enkele specifieke thema’s	150
3. Noodzaak van Europees afgestemde aanpak	155
4. Noodzaak aan ruimere visie inzake netneutraliteit.....	156
5. Recente initiatieven voor meer concurrentiële markten	157
6. Spanningsveld tussen actieve en passieve plichten voor ISPs	157

A. De toepassing van de reglementering van de elektronische handel zou de operatoren eveneens kunnen ontmoedigen om rechtstreeks in te spelen op de inhoud (door uit hun passieve rol te treden).....	157
B. De toepassing van de redenering van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaken C-70/10, Scarlet t. Sabam en C-360/10, Sabam t. Netlog op de prioritering van bepaalde inhoud	158
7. Naar een « Handvest van goede praktijken » of een « Gebruikersgids van de eindgebruiker » inzake de netneutraliteit	159

[opzettelijk blanco pagina]

Synthese

Dit rapport bevat het eindverslag over de werkzaamheden in het kader van de studieopdracht over netneutraliteit (Internet) en de maatregelen voor het beheer van het handelsverkeer (ref. 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY), zoals die door de Federale Overheidsdienst Economie werd toegekend aan de Katholieke Universiteit Leuven (ICRI), de Universiteit Namen (CRIDS) en de Vrije Universiteit Brussel (SMIT).

Overeenkomstig het bestek en onze offerte onderzoekt het eerste hoofdstuk van dit rapport de context, de oorsprong en de doelstellingen op uiteenlopende beleidsniveaus, met het oog op het identificeren van een werkdefinitie van het beginsel van "netneutraliteit" (en van het concept van "beheer van het verkeer"). Dit deel beantwoordt bijgevolg vragen zoals wie of wat er aan de basis ligt van het principe van netneutraliteit, wat het principe precies beoogt, en hoe het wordt aangewend. Deze vragen worden achtereenvolgens behandeld voor het internationale (Verenigde Staten en World Conference on International Telecommunications) en Europese niveau (Europese Unie en BEREC), alsook voor enkele van de ons omringende lidstaten die inzake netneutraliteit reeds concrete wet- of regelgevende initiatieven namen (Frankrijk en Nederland), en voor België.

In dit deel wordt het toepassingsgebied van het netneutraliteitsbeginsel omschreven ten aanzien van de houders van de rechten en plichten die uit dit beginsel voortvloeien. Meer in het bijzonder wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën van houders van rechten die op dit beginsel gebaseerd zijn. Enerzijds kan het hier gaan om andere operatoren en dienstverleners – in dit geval garandeert de netneutraliteit de mogelijkheid voor de betrokken concurrerende operatoren en dienstverleners om de consument te bereiken en hem hun diensten aan te bieden (aspect « concurrentie »). Anderzijds zijn ook de eindgebruikers en consumenten zelf houders van dergelijke rechten – in dat geval garandeert netneutraliteit de belangen van de gebruikers in die zin dat zij toegang krijgen tot verschillende inhoud en gebruik kunnen maken van de toepassingen naar hun keuze (aspect « bescherming van de consument »). Dit deel gaat eveneens in op de vraag hoe het netneutraliteitsprincipe zich verhoudt tot het Europese principe van de scheiding tussen de reglementering van de transmissie en de reglementering van de inhoud.

Aan de hand van deze werkdefinitie worden in de volgende hoofdstukken respectievelijk de juridische en economische haalbaarheid en wenselijkheid van een beleidsinitiatief inzake netneutraliteit (en beheer van het verkeer) door de Federale Overheid verder in de diepte onderzocht. Zo gaat hoofdstuk 2 dieper in op de juridische aspecten van netneutraliteit, terwijl hoofdstuk 3 vanuit een gedetailleerde beschrijving van het internet-ecosysteem, met alle relevante bedrijfsrollen en -actoren, en de tussen hen circulerende diensten en geldstromen, een indicatie oplevert van de impact van een eventueel beleidsinitiatief inzake netneutraliteit op de markt en marktpelers.

Op het juridische vlak kan worden vermeld dat de recente wetswijzigingen van 2012 uiteraard een significante impact hebben gehad op het verloop van de studie, nu deze kon vertrekken van een gedeeltelijke *status quo*. Uit de juridische analyse blijkt immers dat de Europese richtlijnen voor de relevante bepalingen op correcte wijze werden omgezet (met bovendien verdergaande verplichtingen op onder meer het vlak van het wisselen van operator en van transparantie) er dus geen strikte juridische vereisten zijn om inzake netneutraliteit bijkomend wetgevend op te treden. In plaats van een analyse te maken van de eventuele juridische of economische noodzaak van nieuwe maatregelen inzake netneutraliteit, kon dus een meer prospectieve aanpak worden gevolgd. Tevens wordt er een juridische analyse doorgevoerd op basis van de sectorspecifieke regels inzake aanmerkelijke marktmacht, van het mededingingsrecht, van het recht inzake de elektronische handel, en van het recht inzake de bescherming van persoonsgegevens, aangezien deze aspecten eveneens relevant zijn in de discussies rond netneutraliteit. De focus ligt daarbij telkens op de vraag of de in 2012 geïntroduceerde nationale maatregelen effectief zijn vanuit een economische en juridische invalshoek, daarbij rekening houdend met specifieke kenmerken van de Belgische markt en de bezorgdheden van de marktspelers.

De conclusies en aanbevelingen zijn opgenomen in het vierde hoofdstuk, dat tevens de white paper in verband met het toekomstige beleid vormt. De door de offerteaanvraag vooropgestelde resultaten en voorstellen van maatregelen (bijvoorbeeld: conclusies over een observatorium voor de kwaliteit van het Internet, overige maatregelen ter bescherming van de consument) komen daarin aan bod. Zoals vereist in het bestek, hebben de conclusies en aanbevelingen betrekking op een mogelijke specifieke Belgische aanpak voor de problematiek inzake netneutraliteit en zijn zij gefundeerd op de Belgische juridische, economische en technologische situatie. De bijlage bevat meer bepaald een ontwerp van een handvest (of gedragscode) met betrekking tot netneutraliteit, waarbij rekening gehouden wordt met de huidige wetgeving terzake en tegelijkertijd ook een voorstel gedaan wordt voor nieuwe bijkomende verplichtingen voor netwerkoperators en internetproviders.

.

Hoofdstuk I: Concept, oorsprong en doelstellingen van netneutraliteit

1. Conceptueel kader inzake netneutraliteit

A. Juridische context van de « netneutraliteit » en van onze analyse

Netwerken en diensten voor de elektromechanische transmissie van signalen vormen de ruggengraat van de informatiemaatschappij en vormen dus een essentieel instrument voor de economie en de burgers. De ontwikkeling van deze netwerken en elektronische-communicatiediensten, de verbetering van de kwaliteit ervan en de uitbreiding van de dekking van de netwerken alsook van het gebruik van deze diensten staan dan ook centraal binnen de Europese strategie die gericht is op economisch herstel¹ en vernieuwing.

Nochtans volstaat het bestaan van performante netwerken en diensten niet om tegemoet te komen aan de belangen van de netwerkaanbieders en dienstverleners, van de ondernemingen, van de eindgebruikers en van de maatschappij in het algemeen. Elektronische communicatie-operatoren, inhoudleveranciers, ondernemingen, administraties en consumenten moeten deze ook op doeltreffende wijze en in optimale omstandigheden kunnen aanwenden. Met andere woorden, de signalen, gegevens, inhoud en informatie dienen effectief² op de netwerken overgebracht te worden en de daartoe bestaande toepassingen en beschikbare eindapparatuur moeten daadwerkelijk gebruikt kunnen worden, dit alles binnen de toepasselijke wettelijke perken.

Het is in deze context dat men het begrip « netneutraliteit » dient te plaatsen. Het concept werd geïntroduceerd in de Verenigde Staten in het begin van de jaren 2000, meer bepaald door T. Wu³ die « netneutraliteit » definieerde als het principe volgens hetwelke een uiterst nuttig openbaar informatienetwerk ernaar streeft om alle

¹ Zie Mededeling van de Commissie, EUROMA 2020 - Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, COM(2010) 2020, 3 maart 2010 Mededeling van de Commissie, Een digitale agenda voor Europa, COM(2010) 245 final/2, 26 augustus 2010 (mededeling "digitale agenda").

² Hetgeen meer bepaald betekent dat de concurrentie tussen de elektronische communicatie-operatoren verstoord noch beperkt wordt.

³ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, p. 141-179, beschikbaar op : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Zie ook M. Lemley en L. Lessig die in 2000 opmerkten dat "by designing the network to be neutral among uses, the Internet has created a competitive environment where innovators know that their inventions will be used if useful" (M. Lemley, L. Lessig, The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era (October 1, 2000), *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001, p. 925; *Stanford Law and Economics Olin Working Paper* No. 207; *UC Berkeley Public Law Research Paper*, No. 37, p. 8 beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737.

inhouden, sites en platformen op gelijke manier te behandelen, zodat het netwerk in de mogelijkheid verkeert om eender welke soort informatie over te maken en eender welke soort toepassing te ondersteunen⁴. Nadien werd het concept verder op punt gesteld in de reglementering van de Verenigde Staten van Amerika, met toepassing van de regels die geadopteerd werden door de Federal Communications Commission (FCC) (zie *infra*, 2.A.). Ook op internationaal niveau werd de kwestie aan de orde gebracht, in het kader van de Internationale Telecommunicatie-Unie (ITU), meer bepaald op de Wereldconferentie over Internationale Telecommunicatie (WCIT-12) (zie *infra*, 2.B.).

Het principe van de « netneutraliteit » of van de « neutraliteit van het Internet » werd in de Europese reglementering betreffende de elektronische communicatie opgenomen in 2009, tijdens de revisie van deze reglementering (zie *infra*, 3.A.). Sindsdien, « *hoewel er geen vaste definitie van 'netneutraliteit' bestaat, zijn nationale regelgevende instanties overeenkomstig artikel 8, lid 4, onder g), van de Kaderrichtlijn⁵ verplicht de belangen van de burgers van de Europese Unie te bevorderen, door het vermogen van de eindgebruikers te bevorderen om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze* »⁶ en overeenkomstig artikel 8, paragraaf 2, punt b) van dezelfde richtlijn zijn ze eveneens verplicht om « *de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten te bevorderen, onder meer door ervoor te zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud* ». Op Europees niveau werd het onderwerp « netneutraliteit » ook veelvuldig behandeld in werken van het Orgaan van Europese Regelgevende Instanties voor Elektronische Communicatie (Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC)⁷ (zie *infra*, 3.B.).

⁴ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*. Door ons vertaald.

⁵ Richtlijn 2002/21/CE van het Europees Parlement en van de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG*, L 108/33, 24 april 2002, gewijzigd door Verordening (EG) N° 544/2009 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2009 tot wijziging van de Verordening (EG) N° 717/2007 betreffende roaming op openbare mobiele telefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEU*, L 167/12, 29 juni 2009, en door Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEU*, L 337/37, 18 december 2009 (betere regelgevingrichtlijn).

⁶ Mededeling van de Commissie, Het open Internet en netneutraliteit in Europa, COM(2011) 222, 19 april 2011 (mededeling "digitale agenda"), p. 3. Zie ook Europese Commissie, persbericht, Digitale agenda : de Europese Commissie wil open Internet in de praktijk kunnen garanderen, IP/11/486, 19 April 2011.

⁷ Inzake netneutraliteit, zie meer bepaald BEREC, Overview of BEREC's approach to net neutrality, BoR (12) 140, 27.11.2012 en BEREC, Summary of BEREC positions on net neutrality, BoR (12) 146, 3.12.2012, beschikbaar op http://berec.europa.eu/eng/document_register/welcome/. De twee documenten werden goedgekeurd door de algemene vergadering van BEREC op 6 december 2012.

Bij gebrek aan het bestaan van een expliciete, door Europese richtlijnen bekrachtigde definitie, hebben verschillende nationale regelgevende autoriteiten zoals het ARCEP en het BIPT bovendien een vrije vertaling van Tim Wu gebruikt. Zij definieerden netneutraliteit aldus als *"het principe dat een openbaar netwerk met maximaal nut alle inhoud, sites en platformen op dezelfde manier tracht te behandelen, waardoor het alle informatie kan vervoeren en alle toepassingen kan aanvaarden"*⁸. Verschillende Lidstaten van de Europese Unie, zoals Frankrijk, Nederland en België hebben inderdaad specifieke regelingen met betrekking tot netneutraliteit goedgekeurd of staan op het punt dit te doen (zie *infra*, respectievelijk 4.A., 4.B. en 5).

⁸ Respectievelijk het ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux – Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, september 2010, p. 7, beschikbaar op http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/net-neutralite-orientations-sept2010.pdf en het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, Advies van de Raad van het BIPT van 05/10/2011 betreffende de wijzigingen van 7 en 12 juli 2011 aan het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te garanderen, p. 3-4, beschikbaar op http://www.bipt.be/nl/382/ShowDoc/3628/Adviezen/Advies_van_de_Raad_van_het_BIPT_van_5_oktober_2011.aspx

B. Technische en economische context

Vanuit een technisch oogpunt is netneutraliteit vaak een heikel punt bij (*content*) diensten die veel netwerkcapaciteit vergen. Operatoren wensen dan een bijkomende vergoeding voor de belasting die deze diensten veroorzaken op hun netwerk, of willen in het meest extreme geval zelfs bepaalde diensten uitsluiten van hun netwerken, terwijl de aanbieders van de *content* diensten ervan uitgaan dat het internet een *best effort* network is, en operatoren niet het recht hebben om te interveniëren in de datastroom om sommige individuele diensten prioriteit te geven. In deze discussie wordt de populariteit van online video vaak geciteerd als relevante case.

Technisch gezien is er sprake van netneutraliteit als de infrastructuur datagrammen op identieke wijze ten laste neemt, zonder enig onderscheid te maken bijvoorbeeld op basis van de inhoud van het betrokken datagram.

Om een vergelijking te maken met de automobielsector: twee vrachtwagens betalen hetzelfde tolgeld, ongeacht hun lading.

Onder het principe van netneutraliteit zijn bepaalde discriminerende ingrepen evenwel toch toegelaten, hetzij omdat de nuttige lading van de datagrammen dit vereist opdat de dienst daadwerkelijk verleend zou worden (dit is het geval voor interactieve real-time diensten, VoIP, heelkunde zonder fysieke aanwezigheid van de chirurg, enz.), hetzij omdat de beheerder van de infrastructuur streeft naar een optimalisering van de werking ervan (engineering van internetverkeer).

Om de vergelijking met de automobielsector door te trekken : het is aannemelijk dat voorrang verleend wordt aan een transport van verse producten boven een transport van ertsen, of dat vrachtwagens verplicht worden zich op een snelwegparking te parkeren als de wegen onberijdbaar geworden zijn ingevolge sneeuwval.

Er wordt van dit beginsel afgeweken als één van de operatoren, veelal de internetprovider (ISP/IAP), de toegang van haar klanten tot verschillende diensten aanpast, door het verkeer naar deze diensten op een verschillende wijze te factureren, of zelfs te blokkeren (scenario van de gesloten ecosystemen zoals Apple). Hij kan dit doen op verschillende manieren, hetzij door de verzoeken die aan bepaalde inhoudleveranciers gericht worden te heroriënteren (DNS omleiding), hetzij door een inhoudelijke analyse uit te voeren van de inhoud van de pakketjes (Deep Packet Inspection) en een gedifferentieerde facturatie toe te passen, bijvoorbeeld middels IP Multimedia Subsystem-infrastructuur (IMS).

Echter, vanuit een bedrijfseconomisch oogpunt zijn het niet noodzakelijk de meest infrastructuurbelastende diensten die een risico lopen op discriminerende ingrepen door de netwerkoperatoren. Operatoren hebben immers een sterk argument in die zin dat ze in het kader van het beheren van hun netwerk als een goede huisvader soms prioriteit moeten geven aan bepaalde vormen van trafiek, indien belastende diensten te populair worden bij eindgebruikers, en alle andere diensten dreigen te verdrukken.

Er bestaan naast deze belastende diensten ook een aantal lucratieve of strategische diensten die geen grote belasting van het netwerk veroorzaken, maar een 'cash cow' zijn voor de traditionele spelers in hun waardeketen, of die een strategische wissel op de toekomst vormen. Voice-over-IP is een goed voorbeeld van deze tweede soort diensten. Een ander voorbeeld is het welbekende 'Whatsapp', dat als substituut dienst kan doen voor traditionele SMS.

In de meest algemene termen geformuleerd gaat de problematiek van netneutraliteit vanuit een bedrijfseconomische invalshoek bijgevolg over de vraag hoe ver netwerkoperatoren mogen gaan in het variërend behandelen van de dienstenleveranciers die van hun netwerk gebruik maken.

2. Internationale context

A. Verenigde Staten

I. Oorsprong

Het concept « netneutraliteit » stamt rechtstreeks uit de liberaliseringsbeweging van de internettoegangsleveranciers (*internet access providers*) in het begin van de jaren 2000 in de Verenigde Staten. In 2003 stelde professor T. Wu voor om deze trend om te keren door het vooropstellen van het netneutraliteitsbeginsel, waardoor het mogelijk werd ISP's te beteugelen die hun rechten te buiten gingen met betrekking tot de nuttige organisatie van de verkeersstromen op hun netwerk⁹. In 2005, naar aanleiding van de zaak Madison River¹⁰, publiceerde de Federal Communications Commission (FCC), een beslissing¹¹ die 4 algemene principes omvatte om het beheer van de gegevensstromen door de netoperatoren aan banden te leggen.

In 2007 deed zich nog een andere zaak voor met betrekking tot het beheer van de gegevensstromen, met name de zaak Comcast, waarbij een netoperator de gegevens vertraagde die gebruik maakten van het *peer-to-peer*-protocol. De Federal Communications Commission gelastte de operator om deze praktijk stop te zetten, hetgeen genoemde operator weigerde te doen, opwerpend dat de FCC niet bevoegd zou zijn op het vlak van netneutraliteit. De zaak kwam voor de federale rechtbanken en zowel in eerste als in tweede aanleg¹², oordeelden de rechtbanken dat de FCC inderdaad onbevoegd was om de markt op dergelijke wijze te reguleren. De FCC is evenwel bevoegd op het vlak van fusies tussen ondernemingen in de elektronische communicatie-sector wat haar in staat stelt haar regelgeving onrechtstreeks op te leggen, door aan de fusies voorwaarden te verbinden met betrekking tot netneutraliteit.

Deze juridische tegenslag belette de FCC evenwel niet om in december 2010 een ordonnantie te publiceren ter bevordering van het neutrale karakter van het Internet. De definitieve versie van deze regels zoals deze in de ordonnantie voorkomen verscheen in september 2011¹³. Samengevat herneemt de huidige regelgeving drie principes hieruit (zie *infra*).

⁹ T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*.

¹⁰ Deze zaak betreft een netoperator, Madison River Communication, die gegevens vertraagde of zelfs blokkeerde, die gebruik maakten van het VoIP-protocol (of "Voice over I.P.", een technologie die toelaat « spraak » te transporteren via het Internet). De FCC heeft gevraagd aan Madison River Communication deze praktijk stop te zetten. De zaak werd niet voor de Amerikaanse rechtbanken gebracht want zij werd geregeld door een minnelijke schikking tussen beide partijen.

¹¹ Met als titel "Internet Policy Statement", beschikbaar op : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf

¹² Beschikbaar op : <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/201004/08-1291-1238302.pdf>.

¹³ FCC, Preserving the open Internet; final rule, F.R. vol. 76, 2011, p. 59192 en volg., beschikbaar op <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-09-23/html/2011-24259.htm>.

II. Definitie

De definitie zelf van de neutraliteit van het Internet is gestoeld op de door T. Wu gehanteerde definitie die "netneutraliteit" definieerde als het principe: *"volgens hetwelke een uiterst nuttig openbaar informatienetwerk ernaar streeft om alle inhoud, sites en platformen op gelijke manier te behandelen, zodat het netwerk in de mogelijkheid verkeert om eender welke soort informatie over te maken en eender welke soort toepassing te ondersteunen"*¹⁴. Deze definitie is heel pragmatisch en algemeen, waardoor zij nu, 10 jaar later, nog steeds actueel is.

Evenwel vormt zij geen definitie in de strikte zin van het woord, wat te maken heeft met de eigenheid van « Common Law » rechtssystemen. De heel pragmatische opvatting van het Amerikaanse rechtssysteem lijkt onverenigbaar met elke soort definitie die tot doel heeft een fenomeen te veralgemenen, hetgeen nu net wordt beoogd in het geval van netneutraliteit. De voorkeur gevend aan een regeling gebaseerd op principes eerder dan op een algemene definitie van netneutraliteit, heeft de FCC een regulering van het Internet voorgesteld, die gebaseerd is op 4 sleutelprincipes :

1. Transparantie

*"Een persoon die breedband internettoegangsdiensten aanbiedt dient publiekelijk accurate informatie bekend te maken over de praktijken inzake het beheer van het netwerk, over de prestaties en over de commerciële voorwaarden van de breedband internettoegangsdiensten. Die informatie dient voor de consument voldoende te zijn om hem toe te laten geïnformeerde keuzes te maken over het gebruik van dergelijke diensten, en voor de aanbieders van inhoud, toepassingen, diensten en apparatuur om internetaanbiedingen te ontwikkelen, op de markt te brengen en te onderhouden"*¹⁵.

2. Verbod op blokkeren

"Voor zover hij daartoe gehouden is en met in achtneming van een redelijk netwerkbeheer, mag een persoon die vaste breedband internettoegangsdiensten

¹⁴ Het volledige citaat luidt als volgt : "network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application. The principle suggests that information networks are often more valuable when they are less specialized – when they are a platform for multiple uses, present and future. (For people who know more about network design, what is just described is similar to the "end-to-end" design principle)" (T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*). De vertaling in het Frans is afkomstig van ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux..., *cit. supra*, p. 7 en het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, Advies van de Raad van het BIPT van 05/10/2011, *cit. supra*, p. 3-4. T. Wu preciseerde trouwens dat "the basic principle behind a network anti-discrimination regime is to give users the right to use non-harmful network attachments or applications, and give innovators the corresponding freedom to supply them" en dat "neutral network – that is, an Internet that does not favor one application (say, the world wide web), over others (say, email)" (T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *cit. supra*, p. 142 en 145).

¹⁵ Door ons vertaald. FCC, Preserving the open Internet; final rule, *cit. supra*, p. 59202.

*aanbiedt geen wettige inhoud, toepassingen, diensten of niet-schadelijke apparatuur blokkeren"*¹⁶.

3. Geen onredelijke discriminatie

*"Voor zover hij daartoe gehouden is, mag een persoon die vaste breedband internettoegangsdiensten aanbiedt geen onredelijke discriminatie toepassen bij het transporteren van wettig netwerkverkeer over de breedband internettoegangsdiensten van de gebruiker. Redelijk netwerkbeheer houdt geen onredelijke discriminatie in"*¹⁷.

4. Redelijk netwerkbeheer

*"Een praktijk van netwerkbeheer is redelijk wanneer hij passend en toegesneden is op het bereiken van een legitiem doel van netwerkbeheer, rekening houdend met de bijzondere architectuur van het netwerk en de technologie van de dienst voor breedband internettoegang"*¹⁸.

De eerste drie principes zijn gebaseerd op een vierde principe volgens hetwelke de operatoren verzocht worden hun netwerk op een redelijke wijze te beheren. Deze principes hanteren heel algemene criteria, zoals bijvoorbeeld de "redelijke" aard van een netwerkbeheer. De regulering van de markt zal in dit geval dus noodzakelijkerwijze afhangen van de jurisprudentiële interpretatie van deze criteria. Vandaar dat een dergelijke soort definitie *a priori* niet kadert binnen een rechtssysteem zoals dat in België bestaat. Desalniettemin kunnen deze criteria bijvoorbeeld gebruikt worden voor het opstellen van een Handvest van goed gedrag voor de operatoren met als doel de neutrale aard van het Internet te vrijwaren, doch kunnen ze als zodanig niet dienen als grondslag voor een definitie.

III. Doelstellingen

De doelstellingen van netneutraliteit weerspiegelen het liberale karakter van de Amerikaanse economie. Het accent wordt duidelijk gelegd op de bescherming van een markt waar een regeling ontbreekt: *"De Commissie heeft de plicht om het levendige en open karakter van het Internet te bewaren en te bevorderen, nu de telecommunicatiemarkt het breedband tijdperk betreedt, alsook om de creatie, de adoptie en het gebruik van internet breedband inhoud, toepassingen, diensten en bijlagen te bevorderen, en om ervoor te zorgen dat consumenten profiteren van de innovatie die voortkomt uit concurrentie"*¹⁹. De beoogte doelstelling is inderdaad te komen tot een werkbare regeling van de markt om het surplus van de collectiviteit en

¹⁶ *Ibidem*, p. 59205. Door ons vertaald.

¹⁷ *Ibidem*, p.59205. Door ons vertaald.

¹⁸ *Ibidem*, p.59208. Door ons vertaald.

¹⁹ FCC, Internet Policy Statement, 2005, p.3, beschikbaar op : http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf ; FCC, Preserving the open Internet; final rule, *cit. supra*, p. 59193. Door ons vertaald.

van de consument te maximaliseren. Om deze doelstellingen waar te maken, dient de regulator zich te laten leiden door 4 principes :

1. Recht van de consument op toegang tot wettelijke inhoud van zijn keuze;
2. Recht van de consument om gebruik te maken van de toepassingen of diensten van zijn keuze, binnen de wettelijke bepalingen ;
3. Recht om de terminals van hun keuze op het netwerk aan te sluiten, mits « onschadelijkheid » voor het netwerk ;
4. Recht om de concurrentie te laten spelen tussen leveranciers van internettoegang, toepassingen, diensten en inhoud.

IV. Conclusies

Het Amerikaanse rechtssysteem is eerst en vooral een pragmatisch rechtssysteem: praktische resultaten primeren zowel op vlak van definities als op vlak van doelstellingen. Vandaar dat ook de toepassing van de regeling op een dergelijke pragmatische wijze gebeurt, en er aldus een vrij grote speelruimte gelaten wordt aan de federale rechtbanken wat betreft de interpretatie van de bepalingen. Een dergelijke juridische interpretatie van de regeling van netneutraliteit dient overigens nog in de praktijk bewezen te worden aangezien er tot op heden geen afdwingbare beslissingen hieromtrent bestaan. Wij stellen vast dat dergelijk model moeilijk omgezet kan worden binnen ons continentale rechtssysteem. De gebruikte criteria kunnen wel als basis dienen ter definiëring van de doelstellingen van een werkbare regeling in België.

B. World Conference on International Telecommunications (WCIT-12)

Netneutraliteit kwam ook aan bod tijdens de recente door de ITU georganiseerde World Conference on International Telecommunications (WCIT-12). Eén van de “background briefs” besteedde er aandacht aan onder de titel “Quality of Service and “Net Neutrality”, en stelt²⁰:

“Beheer van verkeer is altijd in gebruik geweest, zoals bijvoorbeeld het bij voorrang afhandelen van communicatie in noodgevallen. Maar er is bezorgdheid over bepaalde benaderingen die de kwaliteit van de dienstverlening aan de consument beïnvloeden. Bepaalde soorten van verkeersbronnen zouden kunnen worden bevoordeeld boven andere, of volledig worden geblokkeerd..

Overeenkomsten zouden kunnen worden gevonden tussen internet service providers (ISP's) en bedrijven die toepassingen of inhoud aanbieden, zodat een betere kwaliteit zou worden gegeven aan hun verkeer via een netwerk, waardoor andere klanten met minder zouden achterblijven. Dan zijn er de zogenaamde "over the top", of OTT-diensten (zoals Skype), die werken via de netwerken "bovenop" de basisvoorziening van de internettoegang. Netwerkaanbieders zouden mogelijk betaling willen voor het reserveren van een percentage van de capaciteit voor deze diensten - die dan niet beschikbaar is voor algemene toegang tot het internet. Deze ontwikkelingen zouden het moeilijker of trager kunnen maken voor gebruikers om toegang te krijgen tot bepaalde websites of online diensten. Zouden de exploitanten van IP-netwerken er zich dus moeten naar richten om inkomsten te genereren door het aanbieden van een hogere kwaliteit tegen een hogere prijs, zelfs als dit een impact heeft op de gemiddelde klant? De Richtsnoeren inzake goede praktijken voor de toepassing van open toegang [Beschikbaar op www.itu.int/ITU-D/treg/bestpractices.html], uitgegeven door het ITU Global Symposium voor regelgevers in 2010, bevelen toezichthouders aan om alleen die differentiatie toe te laten wanneer het objectief te rechtvaardigen is. Vele toezichthouders lanceren nu openbare raadplegingen over de praktijken waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de manieren waarop verschillende datastromen worden behandeld.

Tegelijkertijd moeten de bredere financiële gevolgen in rekening worden overwogen. Er moeten inkomsten worden gegenereerd om de uitbreiding van de netwerken te financieren, die vervolgens bijdragen aan de algemene economische groei. Maar volgens sommige studies zullen aanbieders van netwerken niet langer voorondersteld om de nodige inkomsten te kunnen realiseren door het louter aanbieden van kern- en toegangsnetwerken. In de plaats daarvan komen meer en meer inkomsten uit OTT-diensten.

²⁰ <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/WCIT-backgroundbriefs.aspx>. Door ons vertaald.

Er zijn voorstellen om de ITR's te herzien om in te spelen op deze veranderingen in de technologie en de markt. In het bijzonder, is voorgesteld om de "minimum kwaliteit van de dienstverlening" in artikel 4.3 te vervangen door "bevredigende kwaliteit van de dienstverlening", terwijl overheden ervoor zouden moeten zorgen dat er transparantie is op dit gebied, zodat consumenten precies weten wat ze krijgen. Op dit moment kan het zijn dat een gewone gebruiker van het internet niet weet of zijn of haar verbinding is traag is als gevolg van congestie, of als gevolg van opzettelijke technieken die door een operator of ISP worden toegepast. Administraties zullen samenkomen om de ITR te evalueren tijdens de World Conference on International Telecommunications-2012 (WCIT-12). Beslissingen daar genomen zullen worden en die een impact kunnen hebben op de kwaliteit van de dienst en de neutraliteit van het netwerk zouden de toekomstige ontwikkeling van internettoegang kunnen beïnvloeden, alsook de kwaliteit van de ervaring die we online kunnen genieten".

In de uiteindelijk plenair goedgekeurde²¹ slotconclusies²² werd echter het concept "netneutraliteit" niet als dusdanig in de ITR's opgenomen, hoewel voor sommige van de aan het begrip ten grondslag liggende doelstellingen wel engagementen worden opgenomen. Zo stipuleert artikel 3.4 (inzake internationale netwerken) dat elke gebruiker die toegang heeft tot het internationale netwerk het recht heeft om overeenkomstig de nationale wetgeving informatie te verzenden aan een afdoende kwaliteit: *"3.4 Overeenkomstig de nationale wetgeving, heeft iedere gebruiker die toegang heeft tot het internationaal netwerk het recht om gegevens door te sturen. Een degelijke dienstverlening die beantwoordt aan de relevante UIT-T Aanbevelingen, dient verzekerd te worden in de mate van het mogelijke".*

Op het vlak van internationale diensten wordt een vergelijkbare aanpak toegepast.

²¹ Er dient genoteerd te worden dat de Lidstaten van Europese Unie de versie van 2012 van het Internationale Telecommunicatiereglement niet ondertekend hebben. Behalve als ze achteraf toetreden, zullen ze dus gebonden blijven door de versie van 1988 van het Reglement (beschikbaar op http://www.itu.int/osg/csd/wtpf/wtpf2009/documents/ITU_ITRs_88.pdf), dat eveneens zal gelden binnen hun relaties met de ondertekenaars van de nieuwe versie (zie ook European Commission, No change to telecoms and internet governance – EU Member States amongst dozens not signing proposed new International Telecommunications Regulations (ITR) Treaty, remain 100% committed to open internet, MEMO/12/991, 14 december 2012.)

²² Union Internationale des Télécommunications, Actes finals de la Conférence Mondiale des Télécommunications Internationales (Dubai, 2012), beschikbaar op <http://www.itu.int/pub/S-CONF-WCIT-2012/en>. Deze akten bevatten de nieuwe versie van het Internationale Telecommunicatiereglement en een bepaald aantal beslissingen.

3. Europese context

A. Europese Unie

1. Oorsprong (en ontwikkelingen)

Het concept "netneutraliteit" werd populair in de Verenigde Staten in het begin van de jaren 2000 (zie hierboven 2. A). Nadien doorkruiste het begrip Europa zonder evenwel opgenomen te worden in het Europese regelgevende kader betreffende elektronische communicatienetwerken en -diensten dat aangenomen werd in 2002 (evenmin trouwens in het reglementair kader betreffende telecommunicatie-eindapparatuur²³). Het begrip netneutraliteit, of eerder – bij gebrek aan een expliciete overname van het concept als zodanig of bij gebrek aan een expliciete definitie ervan – een aantal bepalingen die rechtstreeks betrekking hebben op netneutraliteit, worden pas opgenomen in de Europese regelgeving inzake elektronische communicatie tijdens de herziening²⁴ van deze regelgeving²⁵ die in 2009 goedgekeurd werd door het Europees Parlement en de Raad op voorstel van de Commissie²⁶. Aldus komt het begrip netneutraliteit vanaf dan vooral naar voor in de

²³ Richtlijn 2008/63/EG van de Commissie van 20 juni 2008 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur (gecodificeerde versie), *PbEU*, L 162/20, 21 juni 2008 (eindapparatuurrichtlijn).

Richtlijn 1999/5/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 9 maart 1999 betreffende radioapparatuur en telecommunicatie-eindapparatuur en de wederzijdse erkenning van hun conformiteit, *PbEG*, L 91/10, van 7 april 1999, gewijzigd door de Verordening (EG) nr. 1882/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 29 september 2003 tot aanpassing aan Conclusie 1999/468/EG van de Raad van de bepalingen betreffende de comités die de Commissie bijstaan in de uitoefening van haar uitvoeringsbevoegdheden die zijn vastgelegd in besluiten waarop de procedure van artikel 251 van het Verdrag van toepassing is, *PbEU*, L284/1, 31 oktober 2003 en gewijzigd door de verordening (EG) nr. 596/2009 van het Europees Parlement en van de Raad van 18 juni 2009 tot aanpassing aan besluit 1999/468/CE van de Raad van een aantal besluiten waarop de procedure van artikel 251 van het Verdrag van toepassing is, betreffende de regelgevingsprocedure met toetsing — Aanpassing van de regelgevingsprocedure met toetsing - Deel vier, *PbEU*, L 188/14, 18 juli 2009 (R&TTE-richtlijn).

²⁴ Zie in dit verband de voorbereidende documenten van de hervorming: European Commission, Commission Staff Working Document, Communication on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services – Proposed Changes, SEC(2006) 816, 28 juni 2006, p. 26-27; Mededeling van de Commissie, Verslag over de resultaten van de evaluatie van het EU-regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG en samenvatting van de hervormingsvoorstellen 2007, COM(2007) 696, 13 november 2007, p. 11; European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment – Accompanying document to the Commission's regulatory proposals COM(2007) 697, COM(2007) 698, COM(2007) 699, SEC(2007) 1472, 13 november 2007, p. 90-102; European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Summary – Accompanying document to the Commission's regulatory proposals COM(2007) 697, COM(2007) 698, COM(2007) 699, SEC(2007) 1473, 13 november 2007, p. 5-6.

²⁵ Europese commissie, persbericht, Hervorming van het Europees telecommunicatiebeleid: 12 maatregelen voor sterkere gebruikersrechten, een meer open Internet, een unieke Europese telecommunicatiemarkt en breedbandverbindingen voor iedereen, MEMO/09/568, 18 december 2009, p. 2.

²⁶ Zie het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad tot wijziging van de richtlijnen 2002/21/EG met betrekking tot een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en de elektronische communicatiediensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot

doelstellingen van het regelgevingskader die opgelijst worden in de Kaderrichtlijn²⁷ (algemene beginselen – meer in het bijzonder artikel 8, paragraaf 4, g betreffende de bescherming van de belangen van de eindgebruikers²⁸ en paragraaf 2, b²⁹ betreffende de bevordering van de mededinging) en in een aantal bepalingen betreffende de bescherming van de eindgebruikers en consumenten in de Universeledienstrichtlijn³⁰ (bescherming van de belangen van de Europese burgers maar ook mededinging op de retailmarkten). Netneutraliteit wordt evenmin uitdrukkelijk omschreven of gedefinieerd in de andere richtlijnen zoals de Toegangsrichtlijn³¹ (mededinging op de groothandelsmarkten), Liberaliseringsrichtlijn³² (bevestiging van de liberalisering van de sector),

en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, COM(2007) 697, 13 november 2007 en voorstel tot wijziging van de Universeledienstrichtlijn en richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie (burgerrechtenrichtlijn): Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, de Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en de Verordening (EG) n° 2006/2004 betreffende samenwerking inzake consumentenbescherming, COM(2007) 698, 13 november 2007. Zie ook het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van de Europese Autoriteit voor de elektronische-communicatiemarkt, COM(2007) 699, 13 november 2007.

²⁷ In de context van de Kaderrichtlijn en in het bijzonder wat betreft de bevordering van de mededinging tussen operatoren en de procedure betreffende de aanmerkelijke marktmacht, zie ook aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, *PbEU*, L 344/68, 28 december 2007 (aanbeveling "relevante markten 2007").

²⁸ Een "eindgebruiker" is een gebruiker (een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst) die geen openbaar communicatienetwerk of publiek toegankelijke elektronische communicatienetwerken aanbiedt. Tot deze categorie behoren de "consumenten". Een consument is "een natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden" (artikel 2, h, i en n van de Kaderrichtlijn). Een abonnee is een natuurlijke of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met de aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van die diensten. Wat het toepassingsveld betreft, bedoelt men met aanbieders van elektronische communicatiediensten aanbieders van openbare netwerken, m.a.w. met uitsluiting van de privaatnetwerken.

²⁹ Zie ook overweging 28 van de burgerrechtenrichtlijn 2009/136/EG, hieronder geciteerd, en 23 van de betereregelgevingrichtlijn.

³⁰ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *PbEG*, L 108/51, 24 april 2002, gewijzigd door de Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009 ter wijziging van de Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, de Richtlijn 2002/58/CE betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en de Verordening (EG) n° 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *PbEU*, L 337/11, 18 december 2009 (burgerrechtenrichtlijn).

³¹ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (toegangsrichtlijn), *PbEG*, L 108/7, 24 april 2002, gewijzigd door de betereregelgevingrichtlijn.

³² Richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG*, L 249/21, 17 september 2002.

Machtigingsrichtlijn³³ (voorwaarden tot intrede op de markten) en Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie^{34, 35}. De Commissie daarentegen brengt netneutraliteit *expressis verbis* naar voren in een "Verklaring van de Commissie betreffende de netneutraliteit" die ze voegde bij de Richtlijn 'Beter Regelgeving'³⁶, die in 2009 de Kaderrichtlijn wijzigde.

In haar verklaring inzake netneutraliteit van 2009, onderlijnde de Commissie het grote belang dat ze hecht aan het behoud van het open en neutraal karakter van het Internet en wees ze erop dat netneutraliteit vanaf nu gold als een *"beleidsdoelstelling en regelgevingsprincipe dat door nationale regelgevingsinstanties moet worden bevorderd"*. In haar verklaring kondigde de Commissie ook aan dat ze de toepassing door de Lidstaten van enkele bijzondere richtlijnen van het Europees regelgevingskader van elektronische communicatie

³³ Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 maart 2002 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie inzake de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), *PbEG*, L 108/21, 24 april 2002, gewijzigd door de betereregelgevingrichtlijn).

³⁴ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *PbEG*, L 201/37, 31 juli 2002, gewijzigd door Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbare beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG, *PbEG*, L 105/54, 13 april 2006 en gewijzigd door de burgerrechtenrichtlijn.

Zie ook de richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en van de Raad, van 24 oktober 1995, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG*, 281/31, 23 november 1995 (gegevens bescherming-richtlijn), gewijzigd door de verordening(EG) nr. 1882/2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 29 september 2003 van het Europees Parlement en van de Raad van 29 september 2003 tot aanpassing aan besluit 1999/468/EG van de Raad van de bepalingen betreffende de comités die de Commissie bijstaan in de uitoefening van haar uitvoeringsbevoegdheden die zijn vastgelegd in besluiten waarop de procedure van artikel 251 van het Verdrag van toepassing is, *PbEU*, L 284/1, 31 oktober 2003.

³⁵ Men kan nochtans besluiten dat bepaalde mechanismen die reeds voorzien waren in het regelgevend kader 2002 ook toepasselijk waren op hetgeen men in feite kon beschouwen als de problematiek van de netneutraliteit. Zo was de procedure betreffende de aanmerkelijke marktmacht reeds in voege (art. 14 tot 16, Kaderrichtlijn 2002; art. 8 tot 13, toegangsrichtlijn 2002 en art. 16 en 17, Universeledienstrichtlijn 2002), evenals de mogelijkheid voor de ARN om verplichtingen op te leggen aan ondernemingen die de toegang tot de eindgebruikers controleren, om de interconnectie en de interoperabiliteit van eind-tot-einddiensten te waarborgen (art. 5, Universeledienstrichtlijn 2002) waren evenwel vooral gericht op de openbaar toegankelijke vocale telefoondiensten. De R&TTE-richtlijn ten slotte (art. 7 en meer in het bijzonder art. 7, § 3) voorziet in principe nog steeds in een verbod voor operatoren om ongerechtvaardigde beperkingen op te leggen inzake de aansluiting van telecommunicatie-eindapparatuur op openbare telecommunicatienetwerken. Naast deze sectorale maatregelen, bleven de regels van de mededinging van toepassing (P. Valcke, L. Hou, D. Stevens, E. Kosta, "Network neutrality: Legal Answers from an EU perspective", *R.D.T.I.*, N° 32/2008, p. 328 tot 330 en 332 tot 342).

³⁶ Europese Commissie, Verklaring van de Commissie over netneutraliteit, *PbEU*, L 337/69, 18 december 2012. Zie ook *PbEU*, C 308/2, 18 december 2012 (verklaring "netneutraliteit"). Wij noteren dat de Engelstalige versie van de titel van deze verklaring, niet expliciet de term Internet gebruikt maar meer in het algemeen spreekt over de "Commission declaration on net neutrality", net zoals de Nederlandstalige versie de term "netneutraliteit" gebruikt.

nauwgezet wilde opvolgen³⁷. Ten slotte kondigde de Commissie een verslag aan over de eventuele noodzaak om andere richtsnoeren aan te geven, dit wil zeggen andere, meer proactieve regelgevende beschikkingen ter bevordering van de netneutraliteit.

Aangezien de erkenning van het principe ondertussen een feit was in de context van de "Digitale agenda voor Europa"³⁸, heeft de Commissie in april 2011 een mededeling gepubliceerd, op basis van de resultaten³⁹ van een openbare raadpleging⁴⁰ die georganiseerd werd van 30 juni tot 30 september 2010, over "het open Internet en de netneutraliteit in Europa"⁴¹. Daarin herbevestigde de Commissie haar vastbeslotenheid om deze doelstelling na te streven en ervoor te zorgen dat het internet gehandhaafd blijft als een solide best-efforts netwerk dat voor iedereen toegankelijk is⁴².

Het Europese Parlement⁴³ en de Raad⁴⁴ hebben respectievelijk in november en december 2011 gereageerd op de Mededeling "netneutraliteit". Het Parlement (meer

³⁷ Zie in dit verband meer bepaald European Commission, Information Society and Media Directorate-General, European Union 2011 Telecommunication Market and Regulatory Developments, 18 juni 2012, p. 35-37, beschikbaar op http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Telecom_Horizontal_Chapter_0.pdf.

³⁸ Mededeling "digitale agenda". De Commissie deelt mede dat zij "ook nauwlettend zal toezien op de tenuitvoerlegging van de nieuwe wetsebepalingen over het open en neutrale karakter van het internet. Deze staan garant voor de rechten van de gebruikers op toegang tot en verspreiding van informatie online en op transparantie op het gebied van verkeersbeheer...Vóór de zomer van 2010 zal de Commissie starten met een openbare raadpleging in het kader van haar meer algemene verbintenis om in het licht van de marktontwikkelingen en de technologische ontwikkelingen te rapporteren over de eventuele behoefte aan extra richtsnoeren ter waarborging van de basisdoelstellingen van vrije meningsuiting, transparantie, de noodzaak van investeringen in efficiënte en open netwerken, eerlijke mededinging en openheid ten aanzien van nieuwe bedrijfsmodellen" (p. 24).

³⁹ Onder de antwoorden op de openbare raadpleging, vestigen wij de aandacht op het antwoord dat gegeven werd door Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, en dat op volgend adres geraadpleegd kan worden : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

⁴⁰ De antwoorden op de raadpleging, evenals een verslag over de resultaten (European Commission, Information Society and Media Directorate-General, Report on the public consultation on 'The open internet and net neutrality in Europe', 9 november 2010) zijn beschikbaar op http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/net_neutrality/index_en.htm.

⁴¹ Mededeling "netneutraliteit". Er dient genoteerd te worden dat de Engels- en Nederlandstalige versie opnieuw respectievelijk de algemene termen "netneutraliteit", en "... net neutrality" gebruiken, inaf van de Franse versie de specifieke term "neutralité d'Internet" hanteert.

⁴² Mededeling "netneutraliteit", p. 9.

⁴³ Europees Parlement, Resolutie van het Europees Parlement van 17 november 2011 over het open internet en netneutraliteit in Europa, P7_TA(2011)0511, nog niet gepubliceerd in het *PbEU* (resolutie van het Parlement "netneutraliteit"). Zie ook Europees Parlement, Resolutie van het Europees Parlement van 11 december 2012 over een strategie voor digitale vrijheid in het buitenlandbeleid van de EU, P7_TA(2012)0470, nog niet gepubliceerd in het *PbEU*. Deze resolutie, die de problematiek van de netneutraliteit ruim overschrijdt, meent dat "netneutraliteit een grondbeginsel is van het open internet, en zorgt voor concurrentie en transparantie" (overweg. O) en « is groot voorstander van het beginsel van netneutraliteit, wat inhoudt dat aanbieders van internetdiensten de mogelijkheid voor personen om een dienst te gebruiken teneinde inhoud, toepassingen of diensten van hun keuze, ongeacht bron of doel, te gebruiken, te verzenden, te plaatsen, te ontvangen of aan te bieden, niet mogen blokkeren, belemmeren of reduceren, evenmin door de kostprijs, en die personen niet mogen discrimineren » (punt 56).

bepaald de Commissie Interne Markt en Consumentenbescherming) had eveneens een studie bevolen over deze kwestie die voltooid werd in mei 2011⁴⁵. Het Parlement verzoekt de Commissie om "de consistente toepassing en handhaving van het bestaande EU-regelgevingskader voor de telecommunicatiesector te garanderen en, ... , te bekijken of aanvullende regelgeving nodig is voor het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van toegang tot informatie, de vrijheid van keuze van consumenten en mediapluralisme, om daadwerkelijke concurrentie en innovatie tot stand te brengen"⁴⁶. Het Parlement onderlijnt het belang van een consistente Europese benadering en vraagt aan de Commissie, aan de Lidstaten en aan BEREK om de consistentie van de aanpak op vlak van netneutraliteit te waarborgen⁴⁷. Wat de Raad betreft, onderstreepte deze laatste vooral de noodzaak om het open en neutraal karakter van het Internet te handhaven en netneutraliteit te beschouwen als een beleidsdoelstelling⁴⁸. De Raad verzoekt de Commissie toezicht te houden op de uitvoering en de gevolgen van het EU regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en na te gaan of er strengere maatregelen nodig zijn en om, indien nodig, aanvullende beleidslijnen inzake netneutraliteit voortestellen⁴⁹.

Ook de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) heeft gereageerd met een advies van 7 oktober 2011 waarin hij het begrip "netneutraliteit" definieert (zie hieronder punt II.2.A) en meer bepaald de impact belicht van verschillende praktijken van beheer van verkeersstromen (zoals de filtering, vergrendeling en inspectie van de verkeersstromen) die door de aanbieders van internetdiensten gebruikt worden, op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de persoonsgegevens (en meer in het bijzonder op het recht op vertrouwelijkheid van communicatie)⁵⁰. Bovendien vraagt de EDPS aan de Europese Commissie om een debat op Europees niveau te coördineren (waarin instanties als BEREK, de werkgroep "gegevensbescherming artikel 29" en de EDPS betrokken

⁴⁴ Raad van de Europese Unie, Persbericht, 3134^e zitting van de Raad – Vervoer, telecommunicatie en energie, Brussel, 12 en 13 december 2011, 18416/11, p. 19-20, evenals Raad van de Europese Unie, Conclusies van de Raad inzake open internet en netneutraliteit in Europa, 1 december 2011 (goedgekeurd op 13 december 2011), 17904/11 (conclusies van de Raad "netneutraliteit").

⁴⁵ J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Network Neutrality : Challenges and responses in the EU and in the U.S. – Study for the European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection*, Brussels, European Parliament, 2011, 67 p. Een gedeeltelijke versie werd in het Frans gepubliceerd door J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Neutralité des réseaux: défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis d'Amérique – Etude pour la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen*, Bruxelles, Europees Parlement, 2011, 51 p. De twee documenten zijn beschikbaar op <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html#studies>.

⁴⁶ Resolutie van het Parlement "netneutraliteit", punt 4.

⁴⁷ *Idem*, punten 8 en 9.

⁴⁸ Conclusies van de Raad "netneutraliteit", punten 3, d; 4, b; 5, a en i; 8, b.

⁴⁹ Conclusies van de Raad "netneutraliteit", punten 5, e en j; 6, a en b.

⁵⁰ Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming, Advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming van 7 oktober 2011 over netneutraliteit, beheer van verkeersstromen en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, *PbEU*, C 34/1, 8 februari 2012 (advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming").

worden) om bepaalde kwesties op te helderen zoals het vastleggen van de controlepraktijken die gerechtvaardigd zijn om een probleemloze verkeersstroom te waarborgen en die kunnen worden uitgevoerd voor beveiligingsdoeleinden, het vaststellen van de gevallen waar bewaking een individuele toestemming vereist, met name de toestemming van alle betrokken gebruikers, en wat de toelaatbare technische parameters zijn om te waarborgen dat de controletechniek geen gegevensverwerking met zich meebrengt die niet evenredig is met het beoogde doel ervan. Desgevallend zullen dan bijkomende wetgevingsmaatregelen voorgesteld moeten worden⁵¹.

Alhoewel de Commissie in haar mededeling "netneutraliteit" van april 2011 toegaf dat het noodzakelijk was om aan de Lidstaten de tijd te geven om de reglementaire bepalingen van 2009⁵² aan te passen, kondigde de Commissie in ditzelfde document tevens een onderzoek aan in samenwerking met het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) over punten zoals het belemmeren om van operator te veranderen, het blokkeren of beperken van internetverkeer, de transparantie en de kwaliteit van de dienstverlening. Dit onderzoek zou moeten toelaten te bepalen, *"indien omvangrijke en aanhoudende problemen aan het licht komen en het systeem in zijn geheel – met een groot aantal exploitanten – er niet voor zorgt dat consumenten via één internetaansluiting gemakkelijk toegang krijgen tot de inhoud, diensten en toepassingen van hun keuze en deze kunnen verspreiden"*, of er behoefte bestaat aan strengere maatregelen om te komen tot de concurrentiesituatie en de keuzemogelijkheden die de consumenten verdienen⁵³.

Het onderzoek dat gevoerd werd door BEREC en de Commissie in 2011 en begin 2012 leidde tot een verslag dat gepubliceerd werd in mei 2012 inzake het beheer van dataverkeer en andere restrictieve praktijken voor het open Internet in Europa⁵⁴. Sindsdien lijkt de "afwachtende" houding waarvoor in brede mate gepleit werd⁵⁵ ietwat achterhaald⁵⁶. Als reactie op de gegevens die het onderzoek opleverde, heeft Vice-Voorzitster Kroes in mei 2012 aanbevelingen aangekondigd inzake

⁵¹ Advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming", punten 88 en 89.

⁵² De beschikkingen van de betereregelgevingrichtlijn en de burgerrechtenrichtlijn moesten ten laatste op 25 mei 2011 aangepast zijn (respectievelijk art. 5, § 1 en art. 4, § 1).

⁵³ Mededeling "netneutraliteit", p. 10.

⁵⁴ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe - Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation, BoR (12) 30, 29 May 2012.

⁵⁵ Zie J. Sluijs, "Network Neutrality and Internal Market Fragmentation", *CMLR*, 49, 2012, p. 1647. Zie ook N. Kroes: "... I wanted better data before acting on net neutrality. One year ago, I asked BEREC, ..., to give me the evidence... I also asked European national legislators and regulators to wait for better evidence before regulating on an uncoordinated, country-by-country basis that slows down the creation of a Digital Single Market" (European Commission Press Release, Vice-President Kroes to propose action on consumer choice and "net neutrality", MEMO/12/389, 29 May 2012, p. 1).

⁵⁶ In hetzelfde persbericht, trekt vicevoorzitster Kroes conclusies uit het onderzoek dat in samenwerking met BEREC uitgevoerd werd: "... these findings show the need for more regulatory certainty and that there are enough problems to warrant strong and targeted action to safeguard consumers" (MEMO/12/389, 29 May 2012, p. 1).

netneutraliteit⁵⁷, meer in het bijzonder om de consumenten toe te laten om in alle transparantie een operator (en een offerte) te kiezen. De aanbevelingen zouden aldus het aanbieden moeten bevorderen van duidelijke informatie over de daadwerkelijk aangeboden verbindingssnelheden, over de beperkingen van de hoeveelheid downloadbare gegevens (begrenzings) en over de toegangsbeperkingen tot Internet. Ter voorbereiding van deze aanbevelingen, heeft de Commissie een openbare raadpleging gelanceerd in juli 2012 over het behoud van het open Internet (netneutraliteit)⁵⁸ die plaatsgehad heeft van 23 juli tot 15 oktober 2012. Deze raadpleging overstijgt evenwel de kwestie van transparantie, die in mei nog naar voor gebracht werd, en dekt eveneens volgende onderwerpen :

- het beheer van het internetverkeer, met inbegrip van beheer van de congestie, de beheerde diensten en de kwesties betreffende de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- de mogelijkheid voor de consumenten om over te stappen naar een andere operator; evenals
- interconnectieproblemen tussen operatoren.

Na een herziening van de digitale agenda voor Europa van 2010, heeft de Europese Commissie op 18 december 2012 zeven (nieuwe) prioriteiten goedgekeurd voor de digitale economie en de digitale maatschappij. Zo heeft de Commissie aangekondigd dat haar grootste prioriteit in de digitale sector voor 2013 de voltooiing zal zijn van een nieuw en stabiel regelgevingskader voor breedband om de investeringen te bevorderen in de vaste en mobiele netwerken⁵⁹. In dit kader herbevestigde de Commissie dat ze een aanbeveling (ze spreekt dus niet meer over meerdere aanbevelingen) zal goedkeuren over netneutraliteit en *“de waarborging van een open internet voor consumenten, die netwerkexploitanten, investeerders, leveranciers van inhoud en consumenten meer rechtszekerheid zal verschaffen”*⁶⁰.

Of het nu zou gaan om één of meerdere aanbevelingen inzake netneutraliteit, de tekst of teksten werden verwacht tegen midden 2013. Deze kalender kon evenwel

⁵⁷ *Ibidem*, p.2.

⁵⁸ Europese Commissie, Persbericht, Digitale agenda: de Commissie lanceert een openbare raadpleging over de waarborging van het open Internet (netneutraliteit) IP/12/817, 23 juli 2012. Zie ook European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Public Consultation on specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet, 23 July 2012. Deze vragenlijst kan, net als de andere informatie betreffende de "On-line public consultation on 'specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet'", geraadpleegd worden op http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/actions/oit-consultation/.

⁵⁹ Europese Commissie, Persbericht, Digitale taken: de nieuwe prioriteiten voor 2013-2014, IP/12/1389, 18 december 2012 (mededeling "herziening digitale agenda"), p. 1.

⁶⁰ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie, De Digitale agenda voor Europa – Europese groei bevorderen op basis van digitale technologieën, COM(2012) 784, 18 december 2012, p. 9. (eigen vertaling).

niet aangehouden worden. Momenteel zijn er twee evoluties vast te stellen op het vlak van initiatieven van de Commissie inzake netneutraliteit.

Enerzijds heeft Vice-Voorzitster Kroes in een speech voor de Commissie Interne Markt en Consumentenbescherming (IMCO) van het Europees Parlement, op 30 mei 2013 een reeks maatregelen aangekondigd (waarvan ze wenst dat deze goedgekeurd worden tegen Pasen 2014) die bestemd zijn om een daadwerkelijke interne telecommunicatiemarkt te creëren. In deze context heeft ze het belang onderstreept om het recht op internettoegang te vrijwaren door netneutraliteit te waarborgen⁶¹. Het is niet duidelijk of deze maatregelen de aangekondigde maatregel(en) zullen vervangen. Op 4 juni 2013 heeft Mevrouw Kroes herbevestigd dat er een verband bestaat tussen de problematiek van netneutraliteit en deze van het realiseren van een eengemaakte markt⁶².

Anderzijds heeft Vice-Voorzitster Kroes in diezelfde speech van 4 juni 2013 aangekondigd dat ze van plan is om aanvullende wetgevende maatregelen voor te stellen inzake netneutraliteit. Deze maatregelen zouden moeten berusten op vier pijlers: vernieuwing (dit vereist beheerde diensten die evenwel moeten kunnen bestaan naast het "best effort"-netwerk van Internet), meer transparantie (meer bepaald inzake de daadwerkelijk aangeboden snelheden), reële keuze van internetdiensten (wat vereist dat de belemmeringen om van leverancier te veranderen afgeschaft worden) en ten slotte mededinging (met verbod tot concurrentieverstorend blokkeren of beperken van internetverkeer). In het algemeen toonde de Vice-Voorzitster zich groot voorstander "*van vrijwaringsmaatregelen voor alle Europeanen, op alle apparatuur, op alle netwerken: een waarborg voor toegang tot een volledige en open Internet, zonder blokkering of beperkingen van concurrerende diensten*"⁶³. Ze gaf evenwel tegelijk aan dat het nuttig kan zijn om over te gaan tot beheer van het dataverkeer om legitieme en objectieve redenen (zoals het scheiden van tijdsgevoelig verkeer en minder dringend verkeer, het vermijden van een overbelasting van het netwerk of het bestrijden van kwaadwillige of ongevraagde e-mails)⁶⁴.

In afwachting heeft de Commissie reeds op 17 december 2012, eveneens in het kader van de digitale agenda⁶⁵ en met de steun van de Raad⁶⁶, de "Code van EU online-rechten"⁶⁷ gepubliceerd, die een overzicht geeft van de bestaande rechten

⁶¹ N. Kroes, The politics of the completing the telecoms single market, SPEECH/13/484, 30 mei 2013.

⁶² "... We are seeing the pressure for national action on net neutrality. The telecoms single market is far from complete – and a failure to take coordinated action on net neutrality would shatter the fragile construction. If we don't address net neutrality, wider problems will arise and tomorrow's innovative services might have to stop at the border" (N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 juni 2013, p. 3).

⁶³ *Idem*, p. 4. (eigen vertaling)

⁶⁴ *Idem*, p. 2.

⁶⁵ Zie mededeling "digitale agenda", p. 15.

⁶⁶ Conclusies van de Raad "netneutraliteit" van 13 december 2011, punt 6, c.

⁶⁷ Beschikbaar op <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/code-eu-online-rights>. Volgens het voorwoord (p.2), worden er in deze code geen nieuwe rechten gecreëerd; de Code bundelt de bestaande

van de digitale gebruiker in de Europese Unie. Het hoofdstuk 2 "Toegang tot diensten en toepassingen van uw keuze" beschrijft het beginsel van het open en neutraal karakter van het Internet, volgens hetwelke nationale regelgevende instanties verplicht zijn de belangen van de burgers van de Europese Unie te bevorderen, door het vermogen van de eindgebruikers te bevorderen om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze. Ditzelfde punt bevestigt dat de NRI's gemachtigd zijn om de minimumkwaliteit vast te leggen van de vereiste dienstverlening in geval van problemen, om het open karakter van Internet te vrijwaren⁶⁸. Een ander aspect van netneutraliteit is het recht van de abonnees van elektronische-communicatiediensten (waaronder diensten die gebruikt worden voor de verlening van diensten van de informatiemaatschappij) op informatie van de aanbieder, zoals vermeld in punt (4) van hoofdstuk 6 "Tijdige, duidelijke en volledige contractuele informatie"⁶⁹. Het recht van de abonnees van elektronische-communicatiediensten op minimale standaardvoorwaarden wat betreft de overeenkomsten met bedrijven die internettoegang verlenen (waaronder de voorwaarden inzake de duur van het contract) wordt behandeld in punt (3) van hoofdstuk 7 "Eerlijke contractuele voorwaarden"⁷⁰.

II. Doelstellingen en definities

1. Doelstelling

Volgens de Europese Commissie, is de algemene doelstelling van netneutraliteit aan deze laatste toe te laten zijn primordiale rol te blijven spelen (en zelfs nog meer te spelen) ter ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa en op deze manier de groei van de economie en het welzijn van de burgers te bevorderen.

Inderdaad, de Commissie stelt:

"Het internet heeft zich in een uitzonderlijk hoog tempo ontwikkeld tot een mondiaal fenomeen. In 15 jaar tijd is de markt van de internetconnectiviteit van nagenoeg nul uitgegroeid tot een miljardenbusiness. De opbloei van het internet heeft grensoverschrijdende handel door middel van e-commerce gemakkelijker gemaakt en heeft daardoor bijgedragen tot de verdere ontwikkeling van de interne markt en de verdere afbrokkeling van grenzen tussen de lidstaten. Het internet neemt een centrale plaats in in de mondiale economie. Het heeft gezorgd voor een ongekennde vernieuwingsgolf.

fundamentele rechten en beginselen van de EU-wetgeving die burgers bescherming bieden wanneer zij toegang hebben tot onlinenetwerken en -diensten en daarvan gebruik maken. Deze rechten en beginselen zijn uitvoerbaar op grond van het wettelijke instrument waaruit ze voortvloeien (bijvoorbeeld de Kaderrichtlijn of de Universeledienstrichtlijn).

⁶⁸ Dit punt verwijst enerzijds naar artikel 8, § 4, g van de Kaderrichtlijn, en anderzijds naar artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn.

⁶⁹ Dit punt verwijst meer bepaald naar artikel 21 van de Universeledienstrichtlijn.

⁷⁰ Dit punt verwijst naar de artikelen 20, 21 en 30 van de Universeledienstrichtlijn.

Het internet heeft veel van zijn succes te danken aan zijn open karakter en aan zijn vlotte toegankelijkheid indien de gebruiker over een internetverbinding beschikt. Behoudens voor een aantal technische basisvereisten staat een persoon of een onderneming die inhoud of diensten wil aanbieden, momenteel niet voor hoge instapkosten of andere drempels die kenmerkend zijn voor andere gevestigde netwerkindustrieën. Doordat er geen drempels van die aard bestaan, zijn immers vele toepassingen die nu volledig ingeburgerd zijn, groot kunnen worden.

*... Met dit "netwerk van netwerken" is onze manier van communiceren en zakendoen veranderd, is onze manier van werken veranderd, en is er een wereld van kansen en mogelijkheden opengestaan voor onderwijs, cultuur, communicatie en sociaal leven, terwijl ook wetenschap en technologie sprongen hebben gemaakt en in ruime zin de vrije meningsuiting en het pluralisme van de media impulsen hebben gekregen."*⁷¹

Het internet heeft veel van zijn succes te danken aan zijn open karakter en aan zijn vlotte toegankelijkheid zowel voor de eindgebruikers en de consumenten als voor de operatoren en aanbieders van elektronische-communicatiediensten en andere. In deze context kunnen we stellen dat de algemene doelstelling van netneutraliteit⁷² volgens de Europese Commissie kan omschreven worden als het vrijwaren van het open karakter van dit platform en ervoor zorgen "dat het internet in staat kan blijven diensten van hoge kwaliteit aan iedereen te leveren en open kan blijven staan voor innovatie"⁷³, terwijl ook het genot van en het respect voor grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap worden gestimuleerd⁷⁴. Of om het met de woorden van het Europees Parlement te zeggen: "Het open karakter van het internet [is] een essentiële aanjager motor geweest voor concurrentievermogen, economische groei en innovatie, die heeft geleid tot spectaculaire ontwikkelingen op het vlak van online toepassingen, inhoud en diensten, en dus ook van de groei in het aanbod van en de vraag naar inhoud en diensten; tevens heeft het gefungeerd als een cruciale versneller in het vrije verkeer van kennis, ideeën en informatie, ook in landen waar de toegang tot onafhankelijke media beperkt is"⁷⁵.

⁷¹ Mededeling "netneutraliteit", p. 2-3.

⁷² Voor de sub-doelstellingen, zie hieronder, punt 3.A.2.4.

⁷³ Het is zo dat, wanneer de Commissie in december 2012 een aanbeveling aankondigt over de vrijwaring van het open karakter van Internet (zie hierboven), zij het hoofdstuk dat aan dit plan (en aan andere geplande aanbevelingen) gewijd is, inleidt met de vaststelling: "Hogesnelheids-internetconnectiviteit vormt de basis voor de digitale economie; zonder hogesnelheidsinternet kunnen fundamentele diensten zoals cloud computing, online gezondheidszorg, slimme steden, audiovisuele diensten – en de hieruit voortvloeiende voordelen – simpelweg niet van de grond komen" (mededeling "herziening digitale agenda", p. 8). (eigen vertaling).

⁷⁴ Mededeling "netneutraliteit", p. 3. (eigen vertaling).

⁷⁵ Resolutie van het Parlement "netneutraliteit", overweging E. Punt 13 voegt daaraan toe dat "het netneutraliteitsbeginsel een belangrijke voorwaarde is om een innovatiegericht internetecosysteem tot stand te kunnen brengen en om ten behoeve van de Europese burgers en ondernemers een gelijk speelveld te kunnen warborgen". Zie ook de Conclusies van de Raad "netneutraliteit", punt 4, b.

2. Definitie van “netneutraliteit”

A. Het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten in haar huidige vorm vernoemt de term “netneutraliteit”⁷⁶ niet expliciet, noch geeft het een definitie⁷⁷ van dit begrip of beginsel⁷⁸. De betekenis ervan is dus niet *expressis verbis* vermeld in de definities van bijvoorbeeld de Kaderrichtlijn⁷⁹ of de Universeledienstrichtlijn⁸⁰ die specifiek verband houden met deze problematiek, noch in de andere richtlijnen.

Een definitie ervan kan evenwel afgeleid worden uit artikel 8 van de Kaderrichtlijn en in het bijzonder uit de artikelen 8, § 2, b (bevordering van de mededinging) en 8, § 4, g (bescherming van de belangen van de burgers), alsook uit de mededeling “netneutraliteit” van de Commissie. Aldus kan onder “netneutraliteit”, in de zin van deze richtlijnen, verstaan worden als:

"Een organisatie van elektronische communicatienetwerken en –diensten en in het bijzonder van het Internet, die het vermogen van de eindgebruikers bevordert om toegang te verkrijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze, die gebaseerd is op een mededinging zonder verstoring of beperking in de sector van de elektronische communicatie, ook voor inhoudoverdracht⁸¹, onverminderd Europese of nationale maatregelen om illegale activiteiten aan te pakken, met name, door middel van misdaadbestrijding⁸²".

Het is dus mogelijk een definitie van netneutraliteit af te leiden uit de paragrafen 4, g en 2, b van het artikel 8 van de Kaderrichtlijn. Hier worden ook subdoelstellingen

⁷⁶ Wij herinneren eraan dat de term “netneutraliteit” wel degelijk gebruikt wordt door de Commissie in haar netneutraliteitsverklaring.

⁷⁷ Zie ook mededeling “netneutraliteit”, p. 3.

⁷⁸ Er dient genoteerd te worden dat J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter in hun studie voor het Europees Parlement, “netneutraliteit” definiëren als “*wettelijk principe dat voorgesteld wordt om de schadelijke en anticoncurrentiële discriminatie vanwege netwerkkoperatoren en dienstverleners te beperken*” (eigen vertaling). Ze melden eveneens dat “*er op dit ogenblik verschillende definities gebruikt worden : het vermogen van de internetgebruikers om toegang te krijgen tot de inhoud en de toepassingen van hun keuze ; de verzekering dat alle internet-verkeer gelijk behandeld wordt, losstaand van de bron, de inhoud of de bestemming; de afwezigheid van een buitensporige discriminatie vanwege de netwerkkoperatoren in het kader van de transmissie van internetverkeer. De verschillen tussen deze definities is geen puur semantische aangelegenheid. Het verschil situeert zich inderdaad (1) in de graad waarmee ze de nadruk leggen op de toegang, de kwaliteit van de toegang of de prijs van de toegang tot de inhoud of tot de applicaties en (2) in de vraag of het nuttig is om zich bezig te houden met alle vormen van differentiatie, of alleen met deze die anticoncurrentieel, discriminerend of op enige andere wijze buitensporig zijn ... Er dient gemeld te worden dat wij ons hier niet alleen bezighouden met de klassieke tekstuele en audiovisuele inhouden, maar ook met diensten zoals de zoekmachines (bijvoorbeeld, Yahoo, Google en Bing) en de VoIP-diensten (bijvoorbeeld, Skype en Viber).*” (eigen vertaling). (J. S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter, *Neutralité des réseaux: défis et solutions au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis d'Amérique*, op. cit., respectievelijk p. 7-8 en p. 19-20).

⁷⁹ Art. 2.

⁸⁰ Art. 2.

⁸¹ Kaderrichtlijn, art. 8, § 4, g en 8, § 2, b.

⁸² Zie mededeling “netneutraliteit”, p. 3.

vermeld die middelen zijn om de hierboven vermelde algemene doelstellingen te bereiken (aanmoediging van innovatie en van de economische ontwikkeling ⁸³, alsook respect voor de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap).

Wij noteren evenwel dat de Europese Toezichthouder van de Gegevensbescherming ook een definitie van netneutraliteit heeft voorgesteld in zijn advies "netneutraliteit en gegevensbescherming" van 7 oktober 2011. Hij stelt:

*"Het begrip netneutraliteit komt voort uit de visie dat informatie op internet onpartijdig moet worden doorgegeven, ongeacht de inhoud, bestemming of bron, en dat de gebruikers moeten kunnen beslissen welke toepassingen, diensten en apparatuur zij willen gebruiken. Dit betekent dat ISP's (internetaanbieders – door ons toegevoegd) niet naar eigen goeddunken de toegang tot bepaalde toepassingen, zoals peer-to-peer („P2P”) en dergelijke, voorrang kunnen geven of mogen vertragen, enz."*⁸⁴

In vergelijking met de definitie die voorgesteld werd op basis van artikel 8 van de Kaderrichtlijn, lijkt de definitie van de EDPS⁸⁵ iets restrictiever aangezien deze zich lijkt toe te spitsen op het aspect "belangenbescherming van de burgers". Anderzijds is deze definitie ook breder in die zin dat er ook rekening gehouden wordt met het "materieel" aspect, dit wil zeggen met de "eindapparatuur" (zie hieronder punt D).

B. Uit hetgeen hierboven uiteengezet is, blijkt dat het beginsel van netneutraliteit ook rekening houdt met het feit dat het Internet "van wezenlijk belang is voor het onderwijs en de praktische uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting en de toegang tot informatie"⁸⁶. Dit beginsel sluit aan bij artikel 1, § 3bis van de Kaderrichtlijn dat voorziet dat "Maatregelen van de lidstaten betreffende toegang tot of gebruik van diensten en toepassingen door de eindgebruikers via elektronische communicatienetwerken eerbiedigen de fundamentele rechten en vrijheden van

⁸³ Zie in deze context ook artikel 8, § 5, d van de Kaderrichtlijn die de nationale regelgevende overheden aanspoort " ... efficiënte investeringen en innovatie in nieuwe en betere infrastructuur ..." te bevorderen.

⁸⁴ Advies van de CEPD "netneutraliteit en gegevensbescherming", punt 4. De nota onderaan bladzijde 8 van het advies preciseert dat "het beginsel zich niet toepast op ISP's die beperkingen opleggen aan de overdrachtssnelheid of de hoeveelheid informatie die een abonnee kan verzenden of ontvangen in het geval van abonnementen met bandbreedte- of volumebeperking. Derhalve zouden ISP's op grond van het netneutraliteitsbeginsel nog steeds abonnementen met beperkte toegang tot internet op basis van criteria als snelheid of volume mogen aanbieden, mits daarbij niet wordt gediscrimineerd op grond van inhoud."

⁸⁵ In deze context noteren wij dat het algemeen beginsel van netneutraliteit volgens de Europese Raad verwijst naar het feit dat "gebruikers zoveel mogelijk toegang moeten hebben tot de internetinhoud, toepassingen en diensten van hun keuze, al dan niet kosteloos, onafhankelijk van het netwerk waarover deze toegang geleverd wordt" (eigen vertaling uit het Engels) (Europese Raad, Verklaring van het Comité van de Ministers inzake netneutraliteit, 29 september 2010, punt 4, beschikbaar op [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Decl\(29.09.2010_2\)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Decl(29.09.2010_2)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)). Deze definitie voegt het element toe van "al dan niet kosteloosheid".

⁸⁶ Overweg. 4, betereregelgevingrechtlijn.

natuurlijke personen zoals die door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht worden gewaarborgd". Op die manier brengt deze bepaling de vrijheid van het Internet in verband met de aspecten "verplichtingen ten laste van de eindgebruikers" (en met de maatregelen die genomen kunnen worden als een eindgebruiker zijn verplichtingen niet eerbiedigt, bijvoorbeeld inzake inhouden, alsook de procedurele waarborgen die deze maatregelen omringen) terwijl het principe van netneutraliteit meer te maken heeft met de aspecten "verplichtingen van operatoren en dienstverleners" (en overeenkomstige rechten van eindgebruikers en concurrenten). Beide kanten van de medaille komen ook voor in hoofdsuk 2 van de Code van de EU online-rechten⁸⁷.

C. Wij noteren eveneens dat uit de doelstellingen van de Kaderrichtlijn op vlak van netneutraliteit blijkt dat dit beginsel niet alleen de opendheid en toegankelijkheid beoogt inzake het aanbod van de elektronische-communicatiediensten maar eveneens inzake het aanbod van inhouden. Dit beginsel overstijgt dus de regelgeving betreffende de transmissie en vormt een voorbeeld van de verbanden die kunnen bestaan tussen de regelgeving inzake transmissie en de regelgeving inzake inhouden, waarvan het bestaan reeds erkend werd door de Kaderrichtlijn in 2002⁸⁸.

D. Ten slotte noteren wij dat uit de artikelen 8, § 2, b en 8, § 4, g kan afgeleid worden dat uit het beginsel van netneutraliteit niet expliciet de vrijheid volgt om eindapparatuur (die beantwoordt aan de vereisten van de R&TTE-richtlijn) te connecteren. Inderdaad, artikel 8, § 4, g van de Kaderrichtlijn beoogt het bevorderen van het vermogen van de eindgebruikers om toepassingen en diensten van hun keuze te gebruiken, maar maakt geen gewag van hun recht om (eind)apparatuur te connecteren die ze wensen te gebruiken.

Eenzijds lijkt ons dit logisch aangezien de Kaderrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn de elektronische communicatienetwerken en –diensten regelen, terwijl eindapparatuur onderworpen is aan een specifiek regelgevend kader⁸⁹ (dat evenwel stipuleert dat in principe de "*exploitanten van openbare telecommunicatienetten niet op technische gronden mogen weigeren telecommunicatie-eindapparatuur op daartoe geschikte interfaces aan te sluiten als die apparatuur voldoet aan de van toepassing zijnde eisen*" van de R&TTE-

⁸⁷ Over de twee kwesties "netvrijheid" en "netneutraliteit", zie meer bepaald de Europese Commissie, MEMO/09/568, 18 december 2009, *cit. supra*, punten 3 en 4.

⁸⁸ Kaderrichtlijn, overweg. 5.

⁸⁹ Art. 1, § 4 en overweging 8 van de Kaderrichtlijn.

richtlijn⁹⁰). Merk evenwel op dat de Kaderrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn voorzien dat er verbanden bestaan tussen de twee regelgevende kaders⁹¹.

Anderzijds vermeldt overweging 28 van de Richtlijn Burgerrechten uit 2009 *"dat de eindgebruikers moeten kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware (door ons onderlijnd) en software zij hiervoor willen gebruiken, onverminderd de noodzaak om de integriteit en de veiligheid van de netwerken en diensten te vrijwaren "*. Bovendien voorziet artikel 20 van de Universeledienstrichtlijn dat *"de consumenten en andere hierom verzoekende eindgebruikers die zich abonneren op diensten waarbij een aansluiting tot het openbare communicatienetwerk en/of openbare elektronische-communicatiediensten wordt aangeboden, recht hebben op een contract met een onderneming of ondernemingen die dergelijke aansluiting en/of diensten aanbieden"* waarin meer bepaald *"alle beperkingen worden gepreciseerd die de leverancier heeft opgelegd met betrekking tot het gebruik van geleverde eindapparatuur"*⁹².

Als we bovenvermelde bepalingen in overweging nemen (en dus zelfs zonder ons te baseren op de definitie die voorgesteld wordt door de EDPS, zie hierboven, punt A), zouden we dus kunnen besluiten dat netneutraliteit in de Europese zin van de term ook het vermogen inhoudt van de eindgebruikers om de eindapparatuur van hun keuze aan te sluiten, voor zover deze apparatuur voldoet aan de gelijkvormigheidsseisen.

3. Definitie van "beheer van dataverkeer"

In haar mededeling "netneutraliteit" noteert de Commissie: *"Een groot deel van de discussie over netneutraliteit gaat om het beheer van het internetverkeer en om de vraag wat een redelijk verkeersbeheer inhoudt"*⁹³. Inderdaad, de Commissie haalde deze problematiek reeds aan in 2010, en preciseerde:

"Het internet is de afgelopen jaren ingrijpend veranderd. Steeds meer gebruikers genieten momenteel de voordelen van een zeer snelle breedbandverbinding. De populariteit van diensten met een hoog gegevensoverdrachtniveau, zoals internettelevisie (IPTV) en video-sharing, neemt toe. Intussen zijn bovendien nieuwe technologieën op de markt gekomen, zoals het voice over internetprotocol VoIP, dat gesprekken via het internet mogelijk maakt. Aanbieders van internetdiensten hebben tegen deze achtergrond instrumenten ontwikkeld om de verschillende websites en toepassingen die via hun netwerk toegankelijk zijn, van elkaar te differentiëren om overbelasting te voorkomen en een efficiënt gebruik van het netwerk te bevorderen. Dit wordt "verkeersbeheer" genoemd. Deze

⁹⁰ Art. 7, § 3, "R&TTE"-richtlijn.

⁹¹ Zie respectievelijk artikel 1, § 1 van de Kaderrichtlijn en overweging 11 van de betereregelgevingrichtlijn alsook artikel 1, § 1 van de Universeledienstrichtlijn en overweging 8 van de burgerrechtenrichtlijn.

⁹² Zie ook overweging 24 van de burgerrechtenrichtlijn.

⁹³ Mededeling "netneutraliteit", p. 3 en 7. (eigen vertaling).

*instrumenten kunnen worden gebruikt om de efficiënte werking van de netwerken te garanderen en om premiumdiensten, zoals IPTV, aan te bieden, ... Keerzijde van de medaille bij deze diensten is dat zij de toegang tot niet-prioritaire diensten of toepassingen via een vaste of mobiele verbinding kunnen vertragen of de kwaliteit van andere diensten kunnen verminderen"*⁹⁴. Of nog, in 2011, "er algemene overeenstemming bestaat dat beheer van het internetverkeer nodig is om voor een soepele doorstroming ervan te zorgen, met name op momenten waarop netwerken verstopt raken, zodat de dienstverlening een constante goede kwaliteit heeft. Men is het er algemeen over eens dat aanbieders hun eigen bedrijfsmodellen en commerciële regelingen mogen bepalen. Niettemin zijn sommige partijen bezorgd over potentieel misbruik bij het beheer van het internetverkeer, bijvoorbeeld om de ene dienst een voorkeursbehandeling te geven ten opzichte van de andere"⁹⁵.

Wij merken op dat de Commissie zowel de positieve als de negatieve aspecten van verkeersbeheer belicht, net zoals het Europees Parlement enerzijds erkent dat er behoefte is aan een doordacht systeem voor *traffic management*, maar anderzijds de bevoegde nationale regelgevende instanties verzoekt om ervoor te zorgen dat interventies op het gebied van *traffic management* niet leiden tot mededingingsbelemmerende praktijken of schadelijke discriminatie (en om alles te doen waartoe zij bij machte zijn krachtens de Universeledienstrichtlijn om minimumnormen voor de kwaliteit van diensten op te leggen) en aandringt op het feit dat gespecialiseerde (of beheerde) diensten niet mogen leiden tot aantasting van het beginsel van een robuuste toegang tot het internet op basis van een inspanningsverplichting⁹⁶. De Raad (zoals de Commissie – zie hierboven punt 3.A.I.) deelt dit standpunt en verklaart zich bewust te zijn van het feit dat het van belang is "het open karakter van het internet te behouden en ervoor te zorgen dat een solide best-efforts internet voor iedereen gewaarborgd blijft, met inachtneming van fundamentele rechten zoals pluralisme van de media, taalverscheidenheid, vrijheid van meningsuiting en van informatie, en vrijheid van ondernemerschap"⁹⁷.

De EDPS van zijn kant benadrukt vooral volgend feit: "Het filteren, blokkeren en controleren van netwerkverkeer roept belangrijke ... vragen op ten aanzien van de vertrouwelijkheid van de communicatie en de eerbiediging van de privacy en persoonsgegevens van internetgebruikers. Bij bepaalde controletechnieken wordt bijvoorbeeld toezicht gehouden op de inhoud van communicatie, bezochte websites, verzonden en ontvangen e-mails, de tijden waarop dit alles plaatsvindt, enzovoort, waardoor filteren van de communicatie mogelijk is."⁹⁸ De EDPS onderlijnt dus de risico's met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de communicatie, zijnde een

⁹⁴ Europese Commissie, Persbericht, Digitale agenda: Commissie start met raadpleging over netneutraliteit, IP/10/860, 30 juni 2010, p. 2 en 3.

⁹⁵ Europese Commissie, mededeling, IP/11/486, 19 april 2011, *cit. supra*, p. 3.

⁹⁶ Resolutie van het Parlement "netneutraliteit", punten 15 en 16.

⁹⁷ Conclusies van de Raad "netneutraliteit", punt 3, d.

⁹⁸ Advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming", punt 5.

grondrecht dat gewaarborgd is door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en door de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie⁹⁹, ¹⁰⁰.

De Universeledienstrichtlijn zoals gewijzigd in 2009 (toepasselijk op deze materie net zoals de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie en de richtlijn gegevensbescherming) voorziet maatregelen die het verkeersbeheer door de operatoren en ISP's regelen met betrekking tot de rechten van de eindgebruikers. Enerzijds stipuleert artikel 1, § 3 van de Universeledienstrichtlijn¹⁰¹ uitdrukkelijk: *"Deze richtlijn voorziet niet in en verbiedt evenmin voorwaarden die aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten aan eindgebruikers opleggen"*¹⁰², waarbij de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen wordt beperkt, indien deze krachtens de nationale wetgeving zijn toegestaan en in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht, maar verplicht wel tot het verstrekken van informatie over dergelijke voorwaarden". Anderzijds legt de Universeledienstrichtlijn verplichtingen op aan de aanbieders van een (aansluiting tot een) openbare communicatienetwerk en/of openbare elektronische-communicatiediensten (artikelen 20, § 1, b – meer in het bijzonder 2^e en 4^e streepje - en 21, § 3, c en d¹⁰³) alsook inzake de mogelijkheid voor de eindgebruikers om te veranderen van aanbieder van (netwerken en/of) elektronische-communicatiediensten (artikelen 20, § 2 en 30, §§ 5 en 6). Teneinde een degradatie van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, beschikken de nationale regelgevende instanties over het recht om minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten op te leggen aan de aanbieders van openbare communicatienetwerken (artikel 22, § 3)¹⁰⁴.

⁹⁹ *Ibidem*, punt 6.

¹⁰⁰ Wij noteren dat het verkeersbeheer volgens de Europese Raad niet waargenomen dient te worden als tegenstrijdig met het beginsel van de netneutraliteit, wanneer verkeersbeheer nodig blijkt te zijn omwille van de kwaliteit van de dienstverlening, de ontwikkeling van nieuwe diensten, de stabiliteit en de betrouwbaarheid van het netwerk of de strijd tegen cybercriminaliteit (Europese Raad, Verklaring van het Comité van de Ministers inzake net-neutraliteit, *cit. supra*, punten 5 en 6).

¹⁰¹ Zie ook overweging 29 van de burgerrechtenrichtlijn.

¹⁰² De Franse formulering "fournisseurs de services et communications électroniques accessibles au public" (door ons onderlijnd) ("providers of publicly available electronic communications and services") kan wat vreemd overkomen. Overweging 29 van de burgerrechtenrichtlijn spreekt enkel over "aanbieders" ("providers"). De Nederlandse versie van de richtlijn spreekt over "aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten", en neemt aldus de dubbelzinnigheid weg.

¹⁰³ Zie ook overweging 28 van de burgerrechtenrichtlijn.

¹⁰⁴ Zie ook overweging 34 van de burgerrechtenrichtlijn.

In dit opzicht is het nuttig ook te vermelden dat artikel 5 van de toegangsrichtlijn de NRI's toelaat om operatoren die de toegang tot de eindgebruikers controleren te verplichten om voor interconnectie te zorgen, voor zover dit noodzakelijk is om eind-tot-eindverbindingen en de interoperabiliteit van de diensten te waarborgen. Zie BEREK, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 december 2012, p. 6. Dit verslag vestigt eveneens de aandacht op het feit dat het artikel 5 van de toegangsrichtlijn op dit ogenblik het enige instrument is waarover de NRI's beschikken om de internetconnectiviteit op te leggen. De wholesalemarkt van de internetconnectiviteit komt inderdaad niet voor in de aanbeveling "relevante markten 2007" in het kader van de procedure betreffende de aanmerkelijke marktmacht (Zie Europese Commissie, Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying document to the Commission Recommendation on

Nochtans, net zoals dit het geval is voor het concept "netneutraliteit" zelf, geven de richtlijnen van het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatie geen uitdrukkelijke definitie van "verkeersbeheer". Wel vinden we een definitie terug in de vragenlijst waarmee de Commissie een raadpleging opende op 23 juli 2012 over bepaalde aspecten inzake transparantie, verkeersbeheer en verandering van operator in het kader van een open Internet (zie hierboven). In deze vragenlijst lezen we dat *"verkeersbeheer is de term die wordt gebruikt om een ruim spectrum van technische prestaties te omschrijven die worden toegepast met het oog op het beheer van het verkeer over de netwerken. Deze prestaties omvatten onder meer het prioriteren, het vertragen afremmen of blokkeren van bepaalde datapakketten"*¹⁰⁵.

Het onderzoek dat BEREK en de Commissie samen gevoerd hebben over verkeersbeheer en andere restrictieve praktijken ten opzichte van open Internet definieert verkeersbeheer als *"Alle technische middelen die worden gebruikt om de door gebruikers verzonden of ontvangen traffic te beheren, inclusief zowel toepassingsspecifiek en toepassingsagnostisch verkeersbeheer"*¹⁰⁶.

In haar mededeling "netneutraliteit" verduidelijkt de Commissie wat zij verstaat onder "verkeersbeheer". Volgens de Commissie bestaan er verschillende technieken van verkeersbeheer¹⁰⁷:

Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), SEC(2007) 1483, 13 november, 2007 p. 37; zie ook BEREK, BoR (12) 130, p. 5 à 6). Door middel van een test op basis van drie criteria, zoals voorgesteld in de aanbeveling "relevante markten 2007", kunnen de NRI's evenwel zelf een dergelijke markt identificeren en definiëren (maar stellen zich dan bloot aan een veto van de Commissie op basis van artikel 7 van de Kaderrichtlijn).

¹⁰⁵ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Public Consultation on specific aspects of transparency, traffic management and switching in an Open Internet, 23 juli 2012, beschikbaar op http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/actions/oit-consultation/, p. 2. Eigen vertalen.

¹⁰⁶ BEREK, A view of traffic management ..., BoR (12) 30, 29 May 2012, *cit. supra*, p. 4. Eigen vertalen. Zie ook hieronder, punt 3.B.II. Het begrip "application-agnostic" doelt op de toegang tot Internet in het algemeen overeenkomstig het beginsel van de "best effort", terwijl het begrip "application-specific" doelt op de gespecialiseerde of beheerde diensten die een bepaalde kwaliteit waarborgen zoals IPTV of video-sharing.

¹⁰⁷ Zie in dit verband ook het advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming", punt 13: *"ISP's hebben vele redenen om het verkeer te controleren en te differentiëren. Beleid voor verkeersstroombeheer kan ISP's bijvoorbeeld helpen hun verkeer te beïnvloeden in perioden met grote congestie door bepaald tijdgevoelig verkeer, zoals videokanalen, voorrang te geven en andere soorten verkeer die minder tijdgevoelig zijn, zoals P2P, te vertragen (10). Verder kan verkeersstroombeheer een middel zijn waarmee ISP's potentiële inkomstenbronnen aanboren. Enerzijds kunnen ISP's vergoedingen aan aanbieders van inhoud vragen, bijvoorbeeld aan degenen wier diensten meer bandbreedte vereisen, in ruil voor voorrang (en dus snelheid). Dit zou betekenen dat het aanroepen van een bepaalde dienst, zoals video op afroep, sneller verloopt dan het aanroepen van een soortgelijke dienst waarmee geen overeenkomst voor snellere overdracht is gesloten. Inkomsten kunnen ook worden verkregen van abonnees die een hogere (of lagere) bijdrage willen betalen voor bepaalde soorten abonnementen. Zo zou een abonnement zonder toegang tot P2P goedkoper kunnen zijn dan een abonnement met onbeperkte toegang."* Zie punten 11 – 17 en 32 (inspectietechnieken).

– **Pakketdifferentiatie** maakt het mogelijk dat verschillende soorten verkeer anders behandeld worden, bijvoorbeeld voor diensten die real-time communicatie vereisen, zoals audiovisuele livestreaming van gebeurtenissen en VoIP. Deze differentiatie waarborgt een bepaalde minimumkwaliteit van de dienstverlening aan de eindgebruikers.

– **Routing** van IP-pakketten biedt internetaanbieders de mogelijkheid pakketten via verschillende communicatiepaden te routeren om congestie te voorkomen of om betere diensten aan te bieden. Een internetaanbieder kan pakketten bijvoorbeeld routeren naar een server die een kopie van de opgevraagde informatie bevat en die zich in zijn netwerk of op een nabijgelegen plaats bevindt.

– **Filtering** verleent een internetaanbieder de mogelijkheid om onderscheid te maken tussen "veilig" en "schadelijk" verkeer en dit laatste te blokkeren voordat het zijn bedoelde bestemming bereikt. »

Aan het verkeersbeheer kan nog toegevoegd worden:

– het **blokkeren** « dat erin kan bestaan de toegang tot bepaalde diensten of websites op het internet te bemoeilijken of zelfs volledig te beperken. Een klassiek voorbeeld hiervan zijn aanbieders van mobiel internet die spraakdiensten over het internet (Voice over internet protocol of VoIP) »;

– het **afknijpen van bandbreedte** (vertraging), «is een techniek die gebruikt wordt om verkeer te beheren en netwerkcongestie te beperken, kan aangewend worden om een bepaald soort verkeer terug te schroeven (bijvoorbeeld door vertraging) en aldus de kwaliteit van inhoud aan te tasten, bijvoorbeeld videostreaming die de consumenten aangeboden krijgen van een concurrent ».¹⁰⁸

III. Conclusies

Op basis van de hiervoor besproken bepalingen van het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatie en de verschillende standpunten gepubliceerd door de Europese Commissie, kunnen we stellen dat een definitie van netneutraliteit op het niveau van de Europese Unie als volgt geformuleerd zou kunnen worden (ook al omschrijft noch definieert het Europees regelgevend kader dit begrip niet expliciet):

"Een wijze van organisatie van netwerken en elektronische-communicatiediensten, en in het bijzonder van het Internet, die het vermogen van de eindgebruikers bevordert om toegang te krijgen tot informatie en deze te

¹⁰⁸ Mededeling "netneutraliteit", p. 6 en 7. Wij noteren dat hetzelfde resultaat als het resultaat dat bekomen wordt door een technische blokkering van het verkeer ook teweeggebracht kan worden door een toeslag (zie *ibidem*, p. 6).

verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze, en die gesteund is op een mededinging zonder verstoring of beperking in de sector van de elektronische communicatie, met inbegrip voor inhoudoverdracht¹⁰⁹, onverminderd Europese of nationale maatregelen om illegale activiteiten aan te pakken, met name, door middel van misdaadbestrijding¹¹⁰.

Deze definitie kan aangevuld worden met het vermogen van de eindgebruiker om “de telecommunicatie-eindapparatuur van zijn keuze te gebruiken, voor zover deze beantwoordt aan de conformiteitsnormen”.

B. Het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC)

I. Oorsprong

Sinds zijn oprichting op 28 januari 2010 beschouwt "BEREC"¹¹¹ netneutraliteit als één van zijn belangrijkste prioriteiten. Dat blijkt duidelijk uit zijn « Working Papers », waarin de verschillende actiepunten behandeld worden die door deze nieuwe Europese instelling aangepakt werden. In deze context heeft BEREC een reeks documenten gepubliceerd die verband houden met het onderwerp “netneutraliteit”.

In 2010 opent BEREC het debat over netneutraliteit door de publicatie van een antwoord op de raadpleging van de Commissie over netneutraliteit in Europa :

BEREC BoR (10) 42 – BEREC's Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe (September 2010)

Dit eerste document van BEREC geeft een overzicht van het onderwerp “netneutraliteit”. BEREC besluit dat het huidige regelgevend kader voldoet om een oplossing te bieden voor het merendeel van de vragen die zich stellen inzake netneutraliteit.

In 2011 worden de debatten rond het neutraal karakter van internet intenser en BEREC publiceert richtlijnen inzake transparantie, alsook een basisdocument over de kwaliteit van de dienstverlening:

- BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011)
Transparantie is een essentieel element met betrekking tot het begrip “netneutraliteit”. Deze richtlijnen beschrijven op een praktische wijze de manier waarop het Europees regelgevend kader zou moeten functioneren in de praktijk. Ze leggen vast welke informatie er verschaft moet worden, op welke manier deze verschaft moet worden

¹⁰⁹ Kaderrichtlijn, art. 8, § 4, g en 8, § 2, b.

¹¹⁰ Zie mededeling "netneutraliteit", p. 3.

¹¹¹ Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie. Zie Verordening (EG) n° 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau, *PbEU*, L 337/1, 18 december 2009.

enz. Ze bepalen eveneens de voorwaarden die de transparantie daadwerkelijk maken.

- BEREC BoR (11) 53 – A framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality (December 2011)
Dit document omschrijft, en biedt een inhoudelijke basis voor de richtsnoeren betreffende de kwaliteit van de dienstverlening met betrekking tot netneutraliteit (cfr. BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012).

In mei 2012 voert BEREC een onderzoek uit betreffende de verschillende praktijken van verkeersbeheer die door netoperatoren gebruikt worden. BEREC lanceert eveneens een raadpleging waarvan de resultaten gepubliceerd werden in december 2012 :

- BEREC BoR (12) 30 – BEREC findings on Traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe (May 2012)
BEREC voerde een onderzoek uit naar de in Europa bestaande praktijken van verkeersbeheer. Dit document vat deze praktijken samen op basis van de resultaten van het onderzoek.
- BEREC BoR (12) 132 – Report on differentiation practices and related competition issues in the context of Net Neutrality (December 2012)
Dit werkdokument biedt een basiskader voor de analyse van de effecten van differentiatie-praktijken, zoals het blokkeren of prioriteren van internetverkeer, op de innovatie en de mededinging. De bedoeling is te bewijzen dat beheer van het dataverkeer in het algemeen risico's inhoudt, met name een mogelijke schending van de belangen van de eindgebruiker alsook een mogelijk negatieve impact op de markt van elektronische communicatie en dienstverlening.
- BEREC BoR (12) 130 – An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality (December 2012)
Dit document geeft een analyse, en een overzicht, van de wholesalemarkt van de IP-interconnectie en van de bestaande economische relaties tussen de ISP's en de tussenpersonen in de waardeketen.
- BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012)
Gevolg gevend aan het document BoR (11) 53, vormen deze richtsnoeren over de kwaliteit van de dienstverlening in het kader van netneutraliteit aanbevelingen voor de NRI's betreffende het opleggen van minimumkwaliteitseisen voor de dienstverlening, om een vermindering van de dienstverlening tegen te gaan.
- BEREC BoR (12) 146 – Summary of BEREC positions on Net Neutrality (December 2012)
Dit document is een samenvattend overzicht van de standpunten en handelingen van BEREC gedurende de laatste drie jaar.
- BEREC BoR (12) 140 – Overview of BEREC's approach to Net Neutrality (December 2012)
Dit document geeft een overzicht van de verschillende beschouwingen die in aanmerking komen wanneer men het heeft over netneutraliteit.

II. Definitie

In deze documenten heeft BEREC verschillende keren een werkdefinitie van netneutraliteit voorgesteld:

*"Een letterlijke interpretatie van netneutraliteit, voor werkdoeleinden, is het beginsel volgens hetwelke alle elektronische communicaties die gebruik maken van een netwerk, op gelijke manier behandeld worden. Een gelijke behandeling van alle communicaties betekent dat deze behandeld worden zonder rekening te houden (i) met de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) de apparatuur, (v) het adres van de verzender, en (vi) het adres van de bestemming. Met het adres van de verzender en de bestemming wordt bedoeld dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en van de inhoud/toepassingen/dienstverlener".*¹¹²

De definitie die door BEREC voorgesteld wordt, is een definitie die gebaseerd is op het criterium "gelijke behandeling" van gegevens. Dit criterium kan als volgt worden gedefinieerd: een gegeven wordt op gelijke wijze behandeld als een ander gegeven enkel en alleen als er geen enkel verschil gemaakt wordt op basis van inhoud, gekozen toepassing, dienst, apparatuur, verzender of bestemming. Deze opsomming van mogelijke soorten differentiatie lijkt ons correct en afdoende, en zou als basis kunnen dienen voor een duurzame definitie van netneutraliteit. Bovendien strookt een dergelijke definitie in de praktijk met het "best effort"-beginsel dat traditioneel geldt in een internetcontext, hetgeen beantwoordt aan de doelstelling die in het algemeen door netneutraliteit beoogd wordt. Wij merken op dat het aspect netneutraliteit zowel betrekking heeft op de inhoud als op de transmissie: de verwijzing naar de term "apparatuur"¹¹³ lijkt ons dan ook aangewezen en toont het zeer brede toepassingsveld van de definitie. Ten slotte is het aan BEREC om een evenwicht te vinden tussen het "best effort"-beginsel dat sinds zijn oorsprong eigen is geweest aan het Internet en de mogelijkheid om eind-tot-einddiensten in te voeren.

Deze omschrijving legt een strikte neutraliteit op en laat geen ruimte voor enige differentiatie in de behandeling van gegevens die via netwerken overgebracht worden. Nochtans tempert BEREC deze definitie door toe te voegen: *"Er zijn en zullen afwijkingen blijven van dit strikte principe. Sommige van deze afwijkingen zijn misschien wel gerechtvaardigd en in het belang van de eindgebruiker, maar andere vormen geven aanleiding tot bezorgdheid over de mate van concurrentie en voor de samenleving. Om dit te beoordelen, zullen de nationale toezichthouders een bredere*

¹¹² BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 september 2010, p. 2-3 ; BEREC, BEREC public consultation on Net Neutrality – Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality – Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5. Door ons vertaalde tekst : *"A literal interpretation of Network Neutrality, for working purposes, is the principle that all electronic communication passing through a network is treated equally. That all communication is treated equally means that it is treated independent of (i) content, (ii) application, (iii) service, (iv) device, (v) sender address, and (vi) receiver address. Sender and receiver address implies that the treatment is independent of end-user and content/application/service provider".*

¹¹³ Of « device », de term die in de Engelse tekst gebruikt wordt.

set van principes en regelgevende doelstellingen moeten overwegen"¹¹⁴. Anderzijds hanteert BEREC nog andere definities die rechtstreeks in verband staan met netneutraliteit, meer bepaald het begrip "*traffic management*" dat onze bijzondere belangstelling zal wegdragen om te bepalen welke de uitzonderingen zijn van de netneutraliteit.

Traffic management (traffic management practices): "*Alle technische middelen die worden gebruikt om verkeer te verwerken dat door eindgebruikers via het netwerk wordt verzonden of ontvangen, met inbegrip van zowel toepassings-specifieke en toepassings-agnostisch verkeersmanagement*"¹¹⁵. De term "*specifieke toepassingen*" verwijst naar de beheerde diensten¹¹⁶. De term "*agnostische toepassingen*" daarentegen verwijst rechtstreeks naar het "*best effort*"-beginsel.

De beheersmechanismen van dataverkeer worden door de ISP's aangewend om de gegevensstromen binnen hun netwerken te optimaliseren. Beheer van het dataverkeer kan aangewend worden zowel voor de uitvoering van beperkende maatregelen (bijvoorbeeld door blokkeren of afknijpen van bandbreedte) als voor de uitvoering van activeringsmaatregelen (bijvoorbeeld door routing of door forwarding van dataverkeer)¹¹⁷. Soms wordt het begrip "beheer van het dataverkeer" gebruikt als synoniem voor "restrictie", maar in haar richtsnoeren tracht BEREC alle misverstanden hieromtrent te vermijden, door de term "restrictie" te gebruiken ter aanduiding van alle soorten beperkingen, met inbegrip van contractuele beperkingen die niet per se technisch worden afgedwongen¹¹⁸. De huidige beheertechnieken van dataverkeer laten de ISP's toe het dataverkeer ruimer en preciezer te beheren en de routing van de IP-pakketten te differentiëren in functie van de gebruikte technieken, op basis van de inhoud, de toepassingen van vervoer/toegang tot de diensten en de gebruikers. Over het algemeen laat het beheer van dataverkeer een brede waaier toe van erg heterogene operaties, zoals onder andere de creatie van digitale

¹¹⁴ Door ons vertaalde tekst: « *There have been and will continue to be deviations from this strict principle. Some of these deviations may well be justified and in the end-user's interest but other forms cause concern for competition and society. To assess this, NRAs will need to consider a wider set of principles and regulatory objectives* ».

¹¹⁵ BEREC, A view of traffic management ..., BoR (12) 30, 29 May 2012, *cit. supra*, p. 4. Door ons vertaalde tekst: "*all technical means used to process through the network traffic sent or received by end users, including both application-specific and application-agnostic traffic management*". Zie ook punt 3.B.II. hieronder. De term « *agnostische toepassingen* » verwijst naar de toegang tot Internet in het algemeen volgens het « *best effort* »-beginsel, terwijl de term « *specifieke toepassingen* » verwijst naar de gespecialiseerde of beheerde diensten die een bepaalde kwaliteit waarborgen zoals internettelevisie IPTV of video-sharing.

¹¹⁶ Hieronder gedefinieerd.

¹¹⁷ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 5. Door ons vertaalde tekst: "*Traffic management mechanisms are used by ISPs to optimise the flow of traffic within their networks. Traffic management can be used to implement both limiting measures (such as blocking and throttling) and enabling measures (such as routing and traffic forwarding)*".

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 5. Door ons vertaalde tekst: "*The concept of "traffic management" is sometimes used as a synonym of "restrictions", but in these guidelines BEREC seeks to avoid misunderstanding by using the term "restrictions" to refer to all limitations, including those which are contractually binding and/or technically implemented limitations*".

snelwegen ("categorieën van dataverkeer" bijvoorbeeld) voor bepaalde soorten gegevens (eveneens "prioritering" genaamd), het aanbieden van een gewaarborgde netwerkcapaciteit aan specifieke gebruikers, de preventie van toegang tot illegale inhoud, de authenticatie van klanten, het blokkeren van virussen of de mogelijkheid om bepaalde inhoud te blokkeren of te degraderen. Over het geheel genomen, biedt het beheer van dataverkeer potentiële voordelen voor de belanghebbenden en kan beheer van het verkeer dus bijdragen tot het maatschappelijk welzijn (bijvoorbeeld door congestie te beheersen/verminderen); anderzijds kan beheer van het verkeer gebruikt worden om strategische praktijken toe te passen, door het gebruik van restrictieve technieken – ten voordele van de operatoren, maar, in bepaalde gevallen, ten nadele van de gebruikers (of tenminste van een deel van hen)¹¹⁹.

Wij onthouden uit deze omschrijving dat het beheer van dataverkeer slaat op een algemene manier van omgaan met schendingen van netneutraliteit. De differentiatiepraktijken en de beheerde diensten vormen dus slechts een deel van het beheer van het verkeer. Met andere woorden, beheerde diensten maken deel uit van de beheertechnieken van dataverkeer, maar omgekeerd beperkt het beheer van dataverkeer zich niet tot de beheerde diensten, hetgeen trouwens bevestigd wordt in de definities die BEREC voorstelt voor differentiatiepraktijken en beheerde diensten :

- **Praktijk van differentiatie**¹²⁰

"Elke beslissing van ISP's¹²¹ of elke overeenkomst tussen ISP's en CAP's¹²² of ISP's en gebruikers die ertoe zou kunnen leiden dat bepaald verkeer van of naar sommige CAP's of gebruikers, of met betrekking tot specifieke toepassing of protocollen, anders wordt behandeld - dat wil zeggen vertraagd, versneld of geblokkeerd - ten opzichte van het verkeer van andere CAP's of gebruikers of andere toepassingen of protocollen. Deze

¹¹⁹ BEREC, Differentiation practices and related competition issues..., BoR (12) 132, cit. supra, p. 13. Door ons vertaalde tekst: "Nowadays, traffic management techniques allow ISPs to manage traffic more extensively and precisely and to differentiate the packet routing, depending on the techniques used, based on content, applications, transport/access services and users. In general, traffic management allows for a wide range of operations, each highly heterogeneous, such as, inter alia, the construction of fast lanes (i.e. traffic classes) for certain types of data (so-called prioritisation); the provision of guaranteed network capacity to specific users; prevention of access to illegal content; authentication of customers; blocking of viruses; or the ability to block or degrade certain content. Taken together, traffic management offers potential benefits to stakeholders and may contribute to enhanced social welfare (e.g. by managing/reducing congestion); on the other hand, traffic management may be used to implement strategic practices, using restrictive techniques – to the benefit of the operator but, in some cases, to the detriment of users (or at least a part of them)".

¹²⁰ *Ibidem* p. 6. Door ons vertaalde tekst: "... any decision of ISPs or any agreements between ISPs and CAPs or ISPs and users entailing that some traffic from or to some CAPs or users, or related to specific application or protocol, is treated differently – i.e. slowed, accelerated or blocked – from those of other CAPs or users or other applications or protocols. These differentiation practices could include situations in which CAPs are charged".

¹²¹ N.B "providers of electronic communications services (also called "operators" or "ISPs"), BEREC, Findings on traffic management practices in Europe, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 3.

¹²² N.B.: CAPs: Content and Application Providers, BEREC, Findings on traffic management practices in Europe, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 4.

differentiatiepraktijken zouden onder meer situaties kunnen omvatten waarin CAP's dienen te betalen".

- **Gespecialiseerde diensten**¹²³

"Gespecialiseerde diensten zijn elektronische-communicatiediensten die aangeboden en uitgebaat worden binnen gesloten elektronische communicatie-netwerken die gebruik maken van I.P.-protocollen.

*Deze netwerken baseren zich op een strikte toegangscontrole en worden dikwijls geoptimaliseerd voor specifieke toepassingen, die gebaseerd zijn op de extensieve aanwending van het beheer van het verkeer om het bijzondere karakter van de dienst te waarborgen. [...] Wanneer de performantie van gespecialiseerde diensten of verticaal geïntegreerde diensten vergeleken wordt met de aanbiedingen van ISP's, dient alleen de onderliggende "elektronische communicatie"-laag in beschouwing genomen te worden, en niet de "applicatie"-laag"*¹²⁴.

Ten slotte, ter conclusie, stelt BEREC definities voor van andere concepten die verband houden met netneutraliteit, en waarvan de belangrijkste ons inziens zijn:

- **Congestie**¹²⁵

"IP-netwerken kunnen kortstondige verkeerspieken uitvlakken door IP-pakketten in de routers in een wachtrij te plaatsen. Congestie is de situatie waarin IP-netwerken, wanneer het verkeer toeneemt tot een niveau waarop de routers over onvoldoende bufferruimte beschikken, worden gedwongen om een aantal IP-pakketten verloren te laten gaan. Standaard wordt dit willekeurig gedaan. Congestie in IP netwerken kan optreden als gevolg van onvoorspelbare/onvermijdelijke situaties, of als gevolg van een falen van de ISP om voldoende capaciteit te voorzien".

- **Internet**¹²⁶

¹²³ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, pp. 4-5.

¹²⁴ Door ons vertaalde tekst: "Specialised services are electronic communications services that are provided and operated within closed electronic communications networks using the Internet Protocol. These networks rely on strict admission control and they are often optimised for specific applications based on extensive use of traffic management in order to ensure adequate service characteristics. ... When the performance of specialised services provided as vertically integrated services is compared with Internet access service offers, only the underlying electronic communications service component of the specialised services will be considered, and not the application layer".

¹²⁵ *Ibidem*, p. 6. Door ons vertaalde tekst: "IP networks can smooth short-time traffic peaks by queuing IP packets in routers. Congestion is the situation met in IP networks when traffic increases to a level at which routers run out of buffer space and are forced to start dropping some IP packets. By default, this is done randomly. Congestion in IP networks can occur as a result of unpredictable/unavoidable situations or as a result of a failure of the ISP to provide sufficient capacity".

¹²⁶ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 4. Door ons vertaalde tekst: "The Internet is the public electronic communications

“Het internet is het openbare elektronische communicatienetwerk van netwerken die het Internet Protocol gebruiken voor de communicatie met bereikbare eindpunten, rechtstreeks of via 'network address translation', via een wereldwijd uniek Internet adres”.

- **Internet access service**¹²⁷

"Een internettoegangsdienst is een voor het publiek beschikbare elektronische communicatiedienst die de connectiviteit met Internet aanbiedt.

In principe laat een internettoegangsdienst toe alle met Internet verbonden terminals toegankelijk te maken onder elkaar, zonder enige vorm van restrictie op de uitgewisselde inhoud. Hij stelt de eindgebruikers in staat eender welke applicatie uit te voeren die de elektronische communicatiefunctie van Internet gebruikt.

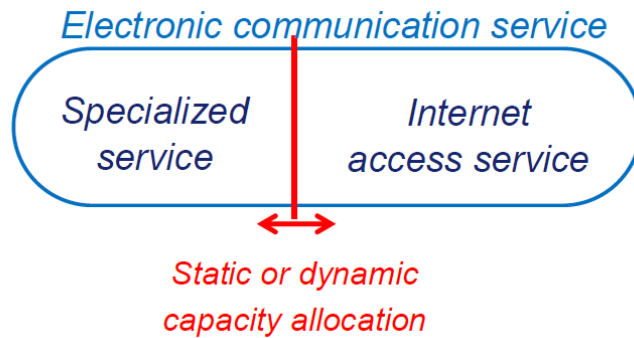
Bovendien wordt de onbeperkte internettoegangsdienst gedefinieerd op basis van bovenvermelde definitie en bestaat de enige toegestane afwijking uit het gebruik van redelijke beperkingen. Als een afwijking de redelijke beperkingen overschrijdt, wordt de dienst gedefinieerd als een beperkte internettoegangsdienst”.

Het verband tussen de internettoegangsdiensten en de gespecialiseerde (of beheerde) diensten kan grafisch als volgt worden voorgesteld¹²⁸:

network of networks that use the Internet Protocol for communication with endpoints reachable, directly or through network address translation, via a globally unique Internet address”.

¹²⁷ Ibidem, p. 4. Door ons vertaalde tekst: *"An Internet access service is a publicly available electronic communications service that provides connectivity to the Internet. In principle, an Internet access service allows for reachability between all endpoints connected to the Internet without any form of restriction to the content exchanged. It enables end-users to run any application utilising the electronic communication function of the Internet. Furthermore, unrestricted Internet access service is defined based on the definition above and the only deviation allowed is the use of reasonable restrictions. If there is any deviation beyond reasonable restrictions, this is defined as a restricted Internet access service."*

¹²⁸ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe - Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation, BoR (12) 30, p. 11. BEREC verklaart hierin dat *"specialized services ... differ from (public and best effort) Internet access service in that they provide a generally guaranteed quality of service and a strict admission control. ... The most frequent applications offered are VoIP, IPTV, VoD. The use of these specialized services might affect the Internet access service in some cases, due to the sharing of access resources"*.



Figuur 1 : grafische weergave « specialized services » vs. « Internet access service »

Wij noteren dat het verband tussen de internettoegangsdiensden en de beheerde diensden eveneens ter sprake gekomen is in een vrije tribune van Vice-Voorzitster Kroes¹²⁹ die gepubliceerd werd in januari 2013 en waarin zij verklaarde dat de vrijwaring van de netneutraliteit geen belemmering vormde voor de introductie van beheerde diensden op de netwerken. Een dergelijke kwestie vereist uiteraard wel verder onderzoek om te bepalen welke breedbandcapaciteit vereist is opdat een niet beheerde dienst voldoende kwaliteit zou kunnen bieden om de gebruiker op een correcte wijze van genoemde dienst te laten genieten. Later is ze evenwel op deze kwestie teruggekomen en verklaarde ze: *“Ik steun nadrukkelijk een Internet dat open is, dynamisch en vernieuwend ; met brede toegang tot volledige internetdiensden. [...] Volgens mij, zou elke ISP om er werkelijk een te zijn, bij voorkeur een toegankelijke Internetdienst moeten aanbieden zonder applicatiebeperkingen. Ik wil dat de telecomsector evolueert, zodat operatoren de keuze niet beperken: maar in feite gemotiveerd worden om ze uit te breiden – door vernieuwende diensden met toegevoegde waarde aan te bieden. Precies om die reden, moeten we zeer voorzichtig zijn met het risico van het blokkeren van een aanbod van vernieuwende diensden”*¹³⁰.

- **Beveiliging en integriteit van het netwerk**¹³¹

¹²⁹ Deze tribune werd gepubliceerd door de krant « Libération », beschikbaar op http://www.liberation.fr/medias/2013/01/16/internet-et-applications-de-filtrage-une-histoire-de-choix-et-de-recettes_874443, maar eveneens op de blog van commissaris Neelie Kroes : <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/neutralite-du-net/>

¹³⁰ N. Kroes, Building our Digital Single Market: 10 steps to deliver broadband, SPEECH/13/80, 30 January 2013, p. 4. Door ons vertaalde tekst: *“I strongly support an Internet that is open, dynamic and innovative; with widespread access to full internet services. [...] In my view, for choice to be real, every ISP should offer an accessible Internet service without application restrictions. I want the telecoms sector to evolve, so operators don't restrict choice: but in fact have an incentive to increase it - through innovative added value services. For that very reason, we need to be very careful about the risk of closing off innovative service offerings”*.

¹³¹ BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 6. Door ons vertaalde tekst: *“Network security and integrity is protection against externally or internally caused malfunctioning. Network security consists of measures to prevent and monitor unauthorised access, misuse, modification or denial of networks and network-accessible resources. Network integrity consists of measures to maintain or restore the level of performance during network failures, and mitigation or prevention of network failures”*.

“Netwerkbeveiliging en netwerkindegriteit bestaat uit de bescherming tegen extern of intern veroorzaakte storingen. Netwerkbeveiliging bestaat uit maatregelen ter voorkoming en monitoring van ongeautoriseerde toegang, misbruik, wijziging of weigering van toegang tot netwerken en netwerk-toegankelijke middelen. Netwerkindegriteit bestaat uit maatregelen voor het handhaven of herstellen van het niveau van de performantie tijdens netwerkstoringen, en uit het oplossen of de preventie van netwerkstoringen.”

III. Doelstellingen

De doelstellingen die BEREC dikwijls aanhaalt om het neutraal karakter van het Internet te verdedigen, zijn de volgende:

« Als regulator hebben wij de plicht (krachtens het huidig wettelijk kader) de vrijheid te bevorderen van de eindgebruikers om toegang te verkrijgen tot inhoud en deze te verspreiden en om gebruik te maken van de door hen gekozen toepassingen, alsook om concurrentie (met inbegrip van de dienstverlening) en vernieuwing aan te moedigen. Deze doelstellingen zijn het meest haalbaar bij een onverstoorde werking van het Internet, met inachtneming van het beginsel dat gekend is onder de naam “netneutraliteit” »¹³². Vanuit de optiek van de bescherming van de consument, moet de netneutraliteit in de eerste plaats het belang van de eindgebruiker dienen. Deze heeft het recht een vrije keuze te maken wat betreft de door hem gewenste inhoud en toepassingen. In dit opzicht is het nodig de concurrentie op de elektronische communicatiemarkt evenals de technologische innovatie aan te moedigen. Wat de bevordering van de concurrentie betreft, moeten de NRI's eveneens een aantal andere doelstellingen voor ogen houden, meer bepaald een betere transparantie van het verkeersbeheer, een sterkere mededinging, een vlottere procedure voor de eindgebruiker om over te stappen naar andere operatoren, een beter toezicht op de kwaliteit van het Internet en een tussenkomst enkel wanneer dit noodzakelijk is¹³³.

Samengevat zal elke regulering dienen na te gaan of hiermee tegemoet gekomen wordt aan bovenstaande doelstellingen, teneinde af te wegen of bedoelde regulering gerechtvaardigd is ten opzichte van de situatie.

IV. Conclusies

De drie laatste jaren heeft BEREC ernaar gestreefd om dieper in te gaan op het begrip netneutraliteit. Het resultaat van dit denk- en onderzoekswerk leidde tot een geheel van definities, waarvan de pertinentie ons als bewezen voorkomt. De definitie van netneutraliteit die door BEREC voorgesteld wordt is de volgende:

¹³² BEREC, Overview of BEREC'S approach to net neutrality, BoR (12) 140, 6 December 2012, p.1. Door ons vertaalde tekst: *«As regulators, it is our job (under the Regulatory Framework) to promote end-users' freedom to access and distribute content and run applications of their choice online, to promote competition (including in the delivery of content), and to promote innovation. These objectives are best served by the unhindered operation of the Internet, governed by the principle known as "net neutrality" ».*

¹³³ BEREC, Overview of BEREC'S approach to net neutrality, BoR (12) 140, 6 December 2012, p. 3.

*« Een letterlijke interpretatie van netneutraliteit, voor werkdoeleinden, is het beginsel volgens hetwelke alle elektronische communicaties die gebruik maken van een netwerk, op gelijke manier behandeld worden. Een gelijke behandeling van alle communicaties betekent dat deze behandeld worden zonder rekening te houden (i) met de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) de apparatuur, (v) het adres van de verzender, en (vi) het adres van de bestemming. Met het adres van de verzender en de bestemming wordt bedoeld dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en van de inhoud/toepassingen/dienstverlener».*¹³⁴

Wij onderlijnen hier dat de definitie van netneutraliteit die door BEREK voorgesteld wordt, ons voorkomt als zijnde correct en voldoende duurzaam, precies en exhaustief om als basis te dienen voor een definitie die tegelijk universeel en pragmatisch is. Inderdaad, het lijkt ons zinvol om het criterium « treated equally » te hanteren, omdat dit criterium voldoende flexibel is maar eveneens toelaat een begrip toe te passen dat nochtans niet makkelijk te vatten is. Bovendien voorziet deze aanpak *in* se reeds mogelijke afwijkingen op dit beginsel, wat beter beantwoordt aan de realiteit van de elektronische communicatiemarkt (in tegenstelling tot de adviezen van de Europese instellingen als de Commissie en het Parlement, die hier niet in detail op ingaan). Ook het feit dat deze definitie zowel slaat op de inhoud evenals op de transmissie van deze inhoud (en op die manier rekening houdt met de werkelijkheid van de problematiek), maakt ons inziens één van haar sterke punten uit.

¹³⁴ BEREK, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 september 2010, p. 2-3 ; BEREK, BEREK public consultation on Net Neutrality – Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREK, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREK, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality – Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5. Door ons vertaalde tekst: "A literal interpretation of Network Neutrality, for working purposes, is the principle that all electronic communication passing through a network is treated equally. That all communication is treated equally means that it is treated independent of (i) content, (ii) application, (iii) service, (iv) device, (v) sender address, and (vi) receiver address. Sender and receiver address implies that the treatment is independent of end-user and content/application/service provider".

4. Nationale initiatieven inzake netneutraliteit

A. Frankrijk

I. Oorsprong

Frankrijk heeft onlangs de aandacht gevestigd op de problematiek van netneutraliteit, meer bepaald met een wetsvoorstel¹³⁵, dat ingediend werd door parlementslid Laure de la Raudière. Dit wetsvoorstel werd opgesteld ingevolge een informatieverlag dat in 2011 aan het Parlement voorgelegd werd¹³⁶. Ook ARCEP, de Franse NRI, heeft haar standpunt in deze materie verschillende keren gepubliceerd¹³⁷. Wij vermelden eveneens dat de Conseil National du Numérique (CNNum), in haar advies van 1 maart 2013, oordeelde dat het huidige Frans wettelijk kader ontoereikend is om de kwestie van netneutraliteit aan te pakken¹³⁸. Meer bepaald is deze Raad van mening dat de Franse wetgeving niet in staat is de vrije meningsuiting te beschermen en het hoofd te bieden aan de ontwikkeling van praktijken zoals het filteren, blokkeren, censureren en vertragen, en dat het beginsel van neutraliteit erkend zou moeten worden als een bij wet vastgelegd grondbeginsel.

Dit hoofdstuk geeft een samengevat en beknopt overzicht van de huidige Franse aanpak, via de verschillende Franse instanties die bevoegd zijn in deze materie.

II. Definitie

Op basis van de resultaten van het denkwerk inzake netneutraliteit, definieert artikel 1 van het wetsvoorstel 190 (ter wijziging van het artikel L. 32.1 van de Code des postes et des communications électroniques (Wetboek van Posterijen en elektronische communicatie) netneutraliteit als volgt:

¹³⁵ Wetsvoorstel nr. 190 van het Franse Parlement (Assemblée Nationale) van 12 september 2012 betreffende netneutraliteit, beschikbaar op : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0190.asp>.

¹³⁶ Informatieverlag nr. 3336 van 13 april 2011 betreffende de neutraliteit van internet en van de netwerken.

¹³⁷ ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux – Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, september 2010, beschikbaar op http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/net-neutralite-orientations-sept2010.pdf; ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet, septembre 2012, beschikbaar op: http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-parlement-net-neutralite-sept2012.pdf

¹³⁸ CNNum, Avis Net Neutralité N° 2013-1 van 1 maart 2013, beschikbaar op <http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-avis-net-neutralite-VFINALE.pdf>. Bij dit advies is een verslag gevoegd van de CNNum, Rapport relatif à l'Avis Net Neutralité N° 2013-1 du 1^{er} mars 2013, 1 maart 2013, 66 p., beschikbaar op <http://www.cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2013/03/130311-avis-net-neutralite-VFINALE.pdf>. Volgens de website (<http://www.cnnumerique.fr/> - le Conseil National du Numérique), is deze Raad een onafhankelijke raadgevende commissie, waarvan de leden benoemd worden door de President van de Republiek en wiens opdrachten geherdefinieerd en uitgebreid werden door een decreet van de President van de Republiek van 13 december 2012. De Conseil National du Numérique heeft als taak om op onafhankelijke wijze adviezen en aanbevelingen te formuleren en te publiceren over eender welke kwestie die verband houdt met de impact van het digitale op de maatschappij en op de economie.

« Het neutraliteitsbeginsel wordt gedefinieerd als het vermogen van de internetgebruikers om:

1° de inhoud van hun keuze te verzenden en te ontvangen, de door hen gewenste diensten te gebruiken of de toepassingen van hun keuze te laten functioneren, de apparatuur van hun keuze aan te sluiten en de programma's van hun keuze te gebruiken, voor zover deze niet schadelijk zijn voor het netwerk;

2° middels een kwaliteitsvolle, transparante, afdoende en niet discriminerende dienstverlening;

3° en onder voorbehoud van verplichtingen die uitgesproken worden ingevolge een gerechtelijke procedure of van maatregelen die noodzakelijk blijken om veiligheidsredenen of omwille van niet te voorziene situaties van congestie».(door ons vertaald)

Deze definitie heeft duidelijk als opzet om afgestemd zijn op de doelstellingen die beoogd worden door netneutraliteit, en meer bepaald op de bescherming van de consument, onder meer door rechtstreeks te verwijzen naar de functionaliteiten die een neutraal Internet aan deze gebruikers zou moeten aanbieden.

Wat kan van de definitie onthouden worden? Het kan verkieslijk zijn om te opteren voor een "neutrale" definitie door te verwijzen naar de transmissie van het signaal¹³⁹ en niet naar het vermogen van de internetgebruiker. ARCEP baseert zich trouwens op deze dimensie door netneutraliteit te definiëren als *"een principe volgens het welke de elektronische communicatienetwerken alle informatiestromen op een neutrale wijze dienen te transporteren, d.w.z. losstaand van hun aard, hun inhoud, hun verzender of hun bestemming. Dit concept kan toegepast worden op alle netwerken, maar wel in het bijzonder op de netwerken die samen het Internet vormen"*¹⁴⁰. In deze laatste zin wordt door ARCEP een onderscheid gemaakt tussen de termen "neutraliteit van de netwerken" en "neutraliteit van het Internet". Beide termen worden inderdaad vaak als synoniemen gebruikt, alhoewel ze strikt genomen niet helemaal dezelfde realiteit dekken. Bovendien somt deze definitie op exhaustieve wijze de verschillende mogelijke vormen van discriminatie op inzake beheer van dataverkeer, met name: discriminatie in functie van de aard, de inhoud, de verzender en de bestemming van het gegeven, wat ons inziens een goed vertrekpunt vormt voor een ontwerp van definitie van de neutraliteit van het internet, gezien de exhaustieve aard van een dergelijke definitie ervoor zorgt dat deze precies en ondubbelzinning is.

De keuze die gemaakt werd in het voorstel lijkt vooral ingegeven te zijn door de wil om *"een duidelijk politiek signaal te geven naar de publieke of private actoren toe inzake het belang dat (door de wetgever) gehecht wordt aan de bescherming van het*

¹³⁹ Zoals de definitie die voorgesteld wordt door Timothy Wu in T. Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, 2003, p. 141.

¹⁴⁰ Verslag aan het Parlement en aan de Regering over netneutraliteit, september 2012, p. 12. Door ons vertaald.

*Internet, en aan de wettelijke bekrachtiging van het neutraliteitsprincipe*¹⁴¹ (door ons vertaald).

Bovendien mogen de ISP's elektronische-communicatiediensten enkel als internettoegangsdiensten commercialiseren indien deze conform zijn met het neutraliteitsprincipe. Artikel 5 van het voorstel gaat verder dan een klassieke definitie door voor te stellen om internettoegang te definiëren in functie van netneutraliteit. Het idee is interessant, maar dient uitgediept te worden om dit artikel in de praktijk te kunnen omzetten.

Ten slotte stellen wij vast dat het beheer van dataverkeer in de voorstellen en aanbevelingen van ARCEP als volgt gedefinieerd wordt: *"Alle technische vormen van tussenkomst in de gegevensstromen, rekening houdend met de aard van het verkeer of nog met de identiteit of de hoedanigheid van de verzender of de bestemming"*. Met deze definitie worden bedoeld de introductie van wachttijden voor het verzenden van gegevenspakketjes van bepaalde diensten ("traffic shaping"), de prioritering of de vertraging van bepaalde toepassingen (bijvoorbeeld door het gebruik van "buffer management-technieken"), de inroostering van de transmissie van bepaalde applicatieve stromen ("traffic scheduling"), of nog de blokkering van de transmissie van bepaalde stromen.

III. Doelstellingen

In 2011 is Frankrijk overgegaan tot de omzetting van de richtlijnen ter wijziging van het Europees regelgevend kader voor elektronische communicatie¹⁴². Deze omzetting bleef redelijk trouw aan hetgeen voorzien is in dit nieuw regelgevend kader en hierbij werden ook de doelstellingen overgenomen die door deze reglementering vastgelegd werden. In deze context voorziet de nieuwe Code des Postes et Communications Electroniques (het nieuwe Wetboek van posten en elektronische communicatie) dat ARCEP:

- *"redelijke maatregelen dient te nemen, in objectieve en transparante omstandigheden, die evenredig zijn met de beoogde doeleinden en dient te waken, in vergelijkbare omstandigheden, over de afwezigheid van discriminatie in de relaties tussen operatoren en aanbieders van openbare online communicatiediensten inzake de routing van het gegevensverkeer en de toegang tot deze diensten;*
- *dient toe te zien op een doeltreffende en loyale mededinging tussen de netwerkeexploitanten en de aanbieders van elektronische-communicatiediensten en, in dit verband, op de mededinging op vlak van de transmissie van inhoud, en, indien aangewezen, op de bevordering van een op infrastructuur gebaseerde mededinging ;*

¹⁴¹ Informatieverslag nr. 3336 van 13 april 2011 over de neutraliteit van internet en van de netwerken, p. 68.

¹⁴² Ordonnantie nr. 2011-1012 van 24 augustus 2011, decreet van de Raad van State nr. 2012-436 van 30 maart 2012 en decreet nr. 2012-488 van 13 april 2012.

- *dient toe te zien op de bevordering van het vermogen van eindgebruikers om toegang te hebben tot informatie en deze te verspreiden en eveneens om toegang te hebben op de toepassingen en diensten van hun keuze*"¹⁴³ (door ons vertaald).

Het informatieverslag van de Commissie van economische zaken stelt verschillende actielijnen voor met het oog op netneutraliteit. Het doel van deze voorstellen is vooral om netneutraliteit te bekrachtigen als beleidsdoelstelling, de verplichtingen om internet te blokkeren aan strikte regels te onderwerpen, de universaliteit te vrijwaren, de kwaliteit van het internet te waarborgen en een duurzame economie van het internet te bevorderen door de relaties te regelen tussen economische actoren van informatie-overdracht.

IV. Conclusies

De Franse wetgeving benadert het begrip netneutraliteit vooral met het oog op de bescherming van de consument. De huidige Franse wetgeving vloeit voort uit een getrouwe omzetting van de Richtlijn Betere Regelgeving en van de Richtlijn Burgerrechten die het regelgevend kader voor elektronische communicatie in 2009 gewijzigd hebben.

¹⁴³ Artikel L. 32-1 van de Code des Postes et Communications Electroniques (Wetboek van posten en elektronische communicatie).

B. Nederland

I. Oorsprong

1. Inleiding

Op 8 mei 2012 stemde de Eerste Kamer in met het wetsvoorstel voor de nieuwe Nederlandse Telecommunicatiewet. Daarmee werd ook het principe van netneutraliteit in de wet vastgelegd waardoor Nederland de eerste EU-lidstaat werd die regelgeving heeft aangenomen over netneutraliteit¹⁴⁴. Hierna zal eerst de parlementaire geschiedenis van netneutraliteit in Nederland beschreven worden. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de definitie en de doelstellingen van netneutraliteit in de wetgeving.

In de Nederlandse parlementaire geschiedenis wordt voor het eerst melding gemaakt van het vraagstuk omtrent netneutraliteit in een beleidsbrief uit juni 2008 van de toenmalige staatssecretaris van Economische Zaken over convergentie in de markten voor ICT, telecommunicatie en audiovisuele media en de gevolgen daarvan voor de consument.¹⁴⁵ Volgens de staatssecretaris hoefde op dat moment de vrees dat aanbieders content en diensten van concurrenten konden blokkeren of discrimineren *"vanuit marktwerkingperspectief niet direct een reden te zijn tot ingrijpen zolang toegangverleners transparant zijn over het beleid dat zij voeren op dit punt, en zolang consumenten gemakkelijk kunnen overstappen naar concurrenten"*.¹⁴⁶ Uit een onderzoek naar de stand van zaken in Nederland met betrekking tot netneutraliteit dat het Ministerie van Economische Zaken in 2009 heeft laten uitvoeren, blijkt ook dat de invoering van transparantie toen als meest aantrekkelijke beleidsoptie werd gezien. Volgens de conclusie van dit onderzoek zou uit de monitoring *'moeten blijken of de ingevoerde transparantie inderdaad leidt tot een situatie die (door de politiek) als wenselijk wordt beschouwd. Als dat niet het geval is, kunnen andere maatregelen – waaronder direct ingrijpen, met mogelijk meer vergaande neveneffecten tot gevolg – worden overwogen'*.¹⁴⁷

2. Een nieuw kabinet

In maart 2010 informeert de, op dat moment, demissionaire Minister van Economische Zaken de Tweede Kamer dat zij het gezien de status van het kabinet en de Europese ontwikkelingen aan een volgend kabinet overlaat om te bepalen of er aanleiding is de bestaande beleidslijn aan te passen¹⁴⁸. Het nieuwe kabinet laat

¹⁴⁴ Inmiddels heeft ook Slovenië netneutraliteit wettelijk verankerd in artikel 203 van de Wet Elektronische Communicatie die op 20 december 2012 door het Sloveense Parlement is goedgekeurd, beschikbaar via http://www.uradni-list.si/_pdf/2012/Ur/u2012109.pdf. Een niet-officiële Engelse vertaling van de wet is beschikbaar via <http://www.scribd.com/doc/144614369/Slovenia-Net-Neutrality-law-2012>.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2007/08, 26 643, nr. 126, bijlage Beleidsbrief Convergentie: de consument aan het roer in veranderende markten voor ICT, telecommunicatie en audiovisuele media.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2007/08, 26 643, nr. 126, bijlage Beleidsbrief Convergentie: de consument aan het roer in veranderende markten voor ICT, telecommunicatie en audiovisuele media, p. 5.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2009/10, 24 095, nr. 252, bijlage Onderzoeksrapport Netneutraliteit: stand van zaken in Nederland, p. 61.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 2009/10, 24 095, nr. 256, p. 3.

vervolgens in de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene Europese telecommunicatierichtlijnen, weten dat wordt vastgehouden aan strikte implementatie van de richtlijnen. Er is besloten nog geen gebruik te maken van de mogelijkheid in de Europese richtlijnen om minimumkwaliteitseisen voor dienstverlening te stellen. Gezien de nog lopende discussies in Europa en op nationaal niveau over de invulling van het netneutraliteitsbeleid, wordt het niet nodig geacht nadere regels te maken over netneutraliteit. De regering is van oordeel dat volstaan kan worden met de mogelijkheid om in de toekomst in lagere regelgeving zulke regels te maken¹⁴⁹.

3. Discussie in de Tweede Kamer

Ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel voor de herziene Telecommunicatiewet in de Tweede Kamer zorgde een aankondiging van KPN in april 2011 voor opschudding. KPN maakte namelijk bekend van plan te zijn als aanbieder van mobiel internet VoIP en online chatdiensten Skype en WhatsApp te blokkeren op smartphones, tenzij consumenten bereid zouden zijn hiervoor extra te betalen. De heffing zou dienen om de dalende bel- en sms-inkomsten als gevolg van het gebruik van deze concurrerende diensten te compenseren¹⁵⁰. Naar aanleiding van de plannen die KPN (en later ook Vodafone) bekendmaakte¹⁵¹, dienden een aantal leden van de Tweede Kamer een motie in die de regering verzocht "*in de telecommunicatiewet op te nemen dat telecomaanbieders niet op basis van het soort gebruik van dataverkeer mogen differentiëren en daarmee netneutraliteit te garanderen*"¹⁵².

Hoewel de Minister van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie aanvankelijk aannahme van de motie afraadde¹⁵³, gaf deze later aan de motie toch te gaan uitvoeren nadat gebleken was dat een grote meerderheid van de Tweede Kamer voorstander van de motie was¹⁵⁴. De Tweede Kamer wilde het optreden van de Minister echter niet afwachten en kwam ondertussen met een eigen amendement van de Telecommunicatiewet om netneutraliteit in de wet vast te leggen¹⁵⁵. De Minister liet vervolgens in een brief aan de Tweede Kamer weten het amendement te omarmen, omdat het naar zijn oordeel de essentie van de aangenomen motie invult¹⁵⁶. Het amendement werd op 22 juni 2011 aangenomen door de Tweede Kamer¹⁵⁷ en daarmee opgenomen in de gewijzigde Telecommunicatiewet die

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 3, p. 38 (Memorie van Toelichting).

¹⁵⁰ A. Wokke, 'KPN: "chatheffing" voor mobiel internet komt deze zomer', Tweakers.net 21 april 2011, <http://tweakers.net/nieuws/74017/kpn-chatheffing-voormobiel-internet-komt-deze-zomer.html>.

¹⁵¹ A.U. De Haes, 'Vodafone gebruikt DPI voor voipblokkade', Webwereld.nl 13 mei 2011, <http://webwereld.nl/nieuws/106673/vodafone-gebruikt-dpi-voor-voipblokkade---update.html>.

¹⁵² Kamerstukken II 2010/11, 24 095, nr. 281 (Motie Braakhuis c.s.).

¹⁵³ Handelingen II 2010/11, 82, 10, p. 45.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 2010/11, 21 501-33, nr. 328, p. 6 (Verslag van een Algemeen Overleg).

¹⁵⁵ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29 (Amendement Verhoeven c.s.).

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 37, p. 2.

¹⁵⁷ Handelingen II 2010/11, 96, 5.

vervolgens op 8 mei 2012 door de Eerste Kamer werd goedgekeurd¹⁵⁸. Op 1 januari 2013 traden de nieuwe regels met betrekking tot netneutraliteit in werking.

II. Definitie

Uit het nieuwe artikel 7.4a van de Telecommunicatiewet blijkt dat het beginsel van netneutraliteit zoals dat in Nederland is ingevoerd, inhoudt dat internetaanbieders geen diensten of toepassingen op het internet mogen belemmeren of vertragen. Op dit beginsel mag slechts een uitzondering worden gemaakt in vier gevallen die beperkt moeten worden uitgelegd: om de gevolgen van congestie te beperken, waarbij gelijke soorten verkeer gelijk worden behandeld; ten behoeve van de integriteit en de veiligheid van het netwerk en de dienst van de betrokken aanbieder of het randapparaat van de eindgebruiker; om de doorgifte van ongevraagde communicatie aan een eindgebruiker te beperken, mits de eindgebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, of; ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of rechterlijk bevel. Ook mogen internetaanbieders de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk stellen van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt

III. Doelstellingen

De doelstellingen van het netneutraliteitsprincipe worden uitgelegd in de toelichting op het amendement van de Tweede Kamer. Het amendement is *'erop gericht om de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op het internet te maximaliseren' en 'om de open en onbelemmerde toegang tot internet voor zowel (online) dienstenaanbieders als burgers en ondernemingen te waarborgen'*.¹⁵⁹ In een brief aan de Tweede Kamer noemt de Minister ook het beschermen van innovatie als doelstelling: *'Als sommige internetdiensten alleen nog toegankelijk zijn voor eindgebruikers met een duurder abonnement kan dit de ontwikkeling van nieuwe diensten remmen'*.¹⁶⁰

Als antwoord op Kamervragen geeft de Minister aan dat hij is overgegaan tot het opnemen van netneutraliteit in wetgeving omdat hij door de aankondigingen van verschillende mobiele aanbieders onvoldoende vertrouwen had dat marktwerking de grote belangen die op het spel staan zou waarborgen. Volgens de Minister kan van een aanbieder van mobiel internet *"niet worden verwacht dat hij uit eigen beweging diensten doorgeeft die concurreren met zijn eigen verdienmodel"*¹⁶¹. Over het feit dat Nederland met de wetgeving voorop loopt, geeft de Minister aan dat Nederland *"eerder en heviger geconfronteerd"* is met de eventuele gevolgen dan andere Europese landen¹⁶². Door de aankondigingen van mobiele aanbieders kwam de mogelijkheid voor Nederlandse consumenten om te 'stemmen met hun voeten'

¹⁵⁸ Handelingen I 2011/12, 28, 9.

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29, p. 2 (Amendement Verhoeven c.s.).

¹⁶⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 37, p. 2.

¹⁶¹ Aangangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

¹⁶² Handelingen II 2010/11, 90, 3, p. 35.

volgens de Minister onder druk te staan¹⁶³. Als belangen noemt de Minister de vrijheid van meningsuiting en de ontvangstvrijheid (*'burgers mogen op internet in hun uitingsvrijheid en toegang tot informatie niet worden beperkt door keuzes van hun internetprovider'*); keuzevrijheid (*'consumenten moeten zelf kunnen bepalen welke diensten ze gebruiken via hun internetverbinding'*); en een open internet (*'de laagdrempeligheid om diensten te ontwikkelen en het (daardoor) grote aantal potentiële aanbieders zorgt ervoor dat elke klant een toepassing kan vinden die bij hem of haar past'*)¹⁶⁴.

IV. Conclusies

Uit de besproken parlementaire stukken blijkt dat de Nederlandse regering, op initiatief van de Tweede Kamer, het beginsel van netneutraliteit in de wet heeft vastgelegd naar aanleiding van aankondigingen van aanbieders van mobiel internet om concurrerende diensten te zullen blokkeren. De doelstellingen die hiermee worden beoogd zijn de keuzevrijheid van eindgebruikers en een open internet voor zowel aanbieders als gebruikers.

¹⁶³ Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

¹⁶⁴ Aanhangsel Handelingen II 2011/12, nr. 3026, p. 2.

5. België

A. Oorsprong

Ook in België zijn er voorstellen gedaan om netneutraliteit in de wet vast te leggen. Het voorstel dat nu voorligt, is gebaseerd op het amendement dat in Nederland in de Telecommunicatiewet is opgenomen. Naar aanleiding van het wetsvoorstel hebben het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) en de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer adviezen gegeven over de te volgen weg met betrekking tot netneutraliteit in België. De wetsvoorstellen en de adviezen zullen hieronder besproken worden.

Naar aanleiding van de nieuwe Nederlandse wet die het netneutraliteitsprincipe vastlegt, werden in België in mei en juni 2011 twee verschillende wetsvoorstellen¹⁶⁵, alsook een voorstel tot herziening van de Grondwet¹⁶⁶ ingediend om netneutraliteit te waarborgen¹⁶⁷. Op 7 juli 2011 dienden drie partijen een gezamenlijk tekstvoorstel in als amendement op het door Déom gedane wetsvoorstel in mei tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie¹⁶⁸. Dit voorstel is grotendeels gelijk aan het amendement dat in Nederland is opgenomen in de Telecommunicatiewet. Een verschil is echter dat het netneutraliteitsprincipe in Nederland ook een verbod omvat om de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten afhankelijk te stellen van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt. Het amendement van 7 juli 2011 verbiedt alleen het belemmeren of vertragen van diensten en toepassingen op internet uitgezonderd in enkele specifieke gevallen die beperkt moeten worden uitgelegd¹⁶⁹. Echter, op 12 juli 2011 zijn er twee subamendementen voorgesteld die beogen om ook het verbod om extra kosten te rekenen voor bepaalde diensten op te nemen in het eerst ingediende amendement¹⁷⁰. Als deze amendementen worden

¹⁶⁵ Wetsvoorstel (Déom c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1467/001; Wetsvoorstel (Van den Bergh c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, wat betreft de netneutraliteit, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1536/001.

¹⁶⁶ Voorstel tot herziening van de Grondwet (Déom c.s.), herziening van artikel 23, teneinde er het beginsel van de neutraliteit van de internetnetwerken in op te nemen, *Parl.St. Kamer*, 2010-11, nr. 53K1471/001.

¹⁶⁷ *Hand. Kamer* 2012-13, 24 oktober 2012, nr. CRIV 53 COM 565, p. 9.

¹⁶⁸ Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1467/002. Dit amendement fusioneert de twee wetsvoorstellen, met name voorstel 1536/001 en 1467/001.

¹⁶⁹ Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1467/002, p. 1 en 2.

¹⁷⁰ Amendementen (Dedecker en Déom) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53K1467/003. Dit amendement is de laatste versie van het wetsvoorstel inzake netneutraliteit. Sindsdien werden de parlementaire werken hernomen en er zijn

aangenomen, zullen de Belgische netneutraliteitsregels zo goed als gelijk zijn aan die in de Nederlandse Telecommunicatiewet.

B. Definitie

Omdat de toelichting op het Belgische wetsvoorstel overeenkomt met de toelichting op het Nederlandse amendement van de Telecommunicatiewet, zijn de definitie en doelstellingen van het netneutraliteitsbeginsel zoals opgenomen in beide stukken gelijk. Wat betreft de definitie neemt het Belgische wetsvoorstel over van de toelichting op het Nederlandse amendement dat het netneutraliteitsprincipe ten eerste betekent *‘dat een aanbieder niet een dienst of toepassing van een specifieke partij mag belemmeren of vertragen. Het betekent daarnaast dat de aanbieder ook geen specifieke dienst of toepassing, zoals bijvoorbeeld internettelefonie, mag belemmeren of vertragen. Het amendement strekt onder meer ter voorkoming van de schade die een eindgebruiker lijdt door schending van de hierin vervatte norm’*¹⁷¹. Het Belgische wetsvoorstel voegt dan nog toe: *‘Het betekent eveneens dat de aanbieder geen verkeer belemmert of vertraagt op grond van de gebruikte hardware en software’*¹⁷².

C. Doelstellingen

Met betrekking tot de doelstellingen die het netneutraliteitsbeginsel beoogt te bereiken, wordt net als in het Nederlandse amendement gewezen op het maximaliseren van *‘de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op het internet’ en op het belang ‘om de open en onbelemmerde toegang tot internet voor zowel (online) dienstenaanbieders als burgers en ondernemingen te waarborgen’*¹⁷³.

D. Adviezen BIPT en Privacycommissie

In zijn advies van 10 oktober 2011 neemt het BIPT de stelling in dat de Belgische internetmarkt verschilt van die in Nederland. Om deze reden betwijfelt het BIPT dat er in België een risico bestaat dat de mobiele operatoren toegang tot bepaalde toepassingen gaan verbieden. Het lijkt het BIPT niet aangewezen maatregelen te nemen *‘om het hoofd te bieden aan een situatie die zich in België niet aanbiedt, en*

nieuwe amendementen in voorbereiding. Op de datum van afsluiting van huidig verslag waren deze laatste echter nog niet beschikbaar.

¹⁷¹ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29, p. 3 (Amendement Verhoeven c.s.); Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002, p. 4.

¹⁷² Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002, p. 4.

¹⁷³ Kamerstukken II 2010/11, 32 549, nr. 29, p. 2 en 3 (Amendement Verhoeven c.s.); Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002, p. 3 en 4.

*die zich zou kunnen voordoen of zich reeds heeft voorgedaan in een ander land met verschillende marktkenmerken dan deze op de Belgische markt*¹⁷⁴. Het BIPT volgt daarom het advies van BEREK en de Europese Commissie om toe te zien op de evolutie van de markt in plaats van al maatregelen te treffen die vooruitlopen op een probleem dat zich nog niet heeft voorgedaan en dat misschien wel nooit zal voorvallen. Het BIPT is van mening dat er *‘voldoende ervaring moet worden vergaard in het kader van de verplichtingen die reeds zijn opgelegd door de wijzigingen van 2009 in het regelgevingskader om op redelijke wijze te kunnen oordelen over de doeltreffendheid ervan alvorens maatregelen aan te nemen zoals de wetsvoorstellen en wijzigingen die de Kamerleden naar voren schuiven*¹⁷⁵.

In tegenstelling tot het advies van het BIPT, heeft de Commissie voor de Bescherming van de persoonlijke levenssfeer aangegeven van oordeel te zijn dat de wetgever het beginsel van netneutraliteit wettelijk zou dienen te verankeren, opdat vormen van deep packet inspection door Belgische marktpartijen tijdig aan banden zou worden gelegd¹⁷⁶. De Commissie geeft in haar aanbeveling over netneutraliteit, deep packet inspection en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens in de telecomsector uitdrukkelijk aan geen verdediger te zijn van de stelling dat de omzetting van de Europese telecomwetgeving zal volstaan om de ongerustheden weg te nemen die tot op heden worden geuit in verband met netneutraliteit¹⁷⁷.

Uit een verslag van de vergadering van de Commissie voor de Infrastructuur, het Verkeer en de Overheidsbedrijven van 24 oktober 2012 blijkt dat de staatssecretaris voor Fraudebestrijding, John Crombez, namens de minister aangeeft dat een aanvaard wetsvoorstel best na de stemming voor formeel advies voorgelegd wordt aan de Europese Commissie. Ook geeft de staatssecretaris aan dat de Belgische en de Nederlandse wetsvoorstellen vooral betrekking hebben *‘op het beheer van het verkeer door de toegangsproviders, terwijl internetneutraliteit een veel ruimer begrip is dan alleen dat en ook met andere waardecreatoren te maken heeft. Naast Skype en andere diensten van dit type gaat het hier ook om het niet-discrimineren en het veiligstellen van het dataverkeer op internet zelf. Er moeten dus concrete en gepaste acties worden ondernomen om ervoor te zorgen dat ook dit op een veilige manier gebeurt en dat tegelijkertijd innovatie in het domein niet wordt beknot*¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Advies van de Raad van het BIPT van 5 oktober 2011 betreffende de wijzigingen van 7 en 12 juli 2011 aan het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te garanderen, p. 13.

¹⁷⁵ Advies van de Raad van het BIPT van 5 oktober 2011 betreffende de wijzigingen van 7 en 12 juli 2011 aan het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie

teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te garanderen, p. 16.

¹⁷⁶ Advies nr. 10/2012 van 21 maart 2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, p. 5.

¹⁷⁷ Aanbeveling nr. 05/2012 van 11 april 2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, p. 6 en 7.

¹⁷⁸ *Hand.* Kamer 2012-13, 24 oktober 2012, nr. CRIV 53 COM 565, p. 10.

Reglementering via de telecomwet zou daarom slechts een gedeeltelijk antwoord zijn op de discussie over netneutraliteit.

E. Conclusies

Met het wetsvoorstel heeft België het Nederlandse amendement gevolgd. Er heerst verdeeldheid over de vraag of het netneutraliteitsbeginsel in de Belgische wetgeving moet worden opgenomen en, zo ja, of de voorgestelde regels voldoende zijn om netneutraliteit te waarborgen. Als de voorgestelde regels ongewijzigd zouden worden aangenomen, zou België dezelfde definitie en doelstellingen van netneutraliteit als Nederland hebben.

6. Aanzet tot (werk)definities

Dit deel is gewijd aan het bepalen van de werkdefinities die als basis zullen dienen voor de verderzetting van de studie.

Internet speelt een steeds belangrijkere rol in de ontwikkeling van de Europese informatiemaatschappij en dus ook in de economische groei en in het welzijn van de burgers. Internet heeft een groot deel van zijn potentieel en zijn succes te danken aan zijn open karakter en aan vlotte toegankelijkheid, zowel voor de eindgebruikers en de consumenten, als voor de operatoren en aanbieders van elektronische-communicatiediensten en andere¹⁷⁹.

De hieronder aangeboden werkdefinities zijn het resultaat van de vergelijkende analyse die hierboven uiteengezet werd, en zullen als basis dienen voor de verderzetting van de studie. Wij preciseren echter dat het hier slechts om werkdefinities gaat. Bijgevolg zal de vraag betreffende de definitie van "netneutraliteit" (en in aansluiting hiermee deze van het "beheer van dataverkeer") noodzakelijkerwijs opnieuw gesteld worden aan het einde van de studie, teneinde de knoop definitief door te hakken in dit verband. Wij onderlijnen dat wij op het einde van de studie eveneens een antwoord dienen te geven op de vraag of het eigenlijk wel nodig is om een definitie voor te stellen en of het niet beter zou zijn om de vraag gewoon open te laten opdat het beginsel zou kunnen mee evolueren met de ontwikkelingen van de sector en de technologie¹⁸⁰. De vraag naar het nut van een definitie valt overigens niet samen met de vraag naar het nut van opname (en dus de vastlegging) ervan in een wet, of zelfs in de Grondwet.

Van alle definities van netneutraliteit die in de verschillende jurisdicties en door de verschillende instellingen gebruikt worden die we in de voorafgaande hoofdstukken bestudeerd hebben, is de definitie die voorgesteld wordt door BEREC ons inziens de definitie die weerhouden dient te worden, mits enkele kleine aanpassingen, met name :

"Netneutraliteit" : Alle elektronische communicatie die door een netwerk gaat wordt gelijk behandeld, [zonder afbreuk te doen aan toepasselijke wet- of regelgeving].¹⁸¹ Het feit dat alle communicatie gelijk wordt behandeld betekent dat het wordt behandeld, onafhankelijk van (i) de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) het apparaat, (v) het adres van de afzender, en (vi) het adres van de ontvanger. Het adres van de zender en de ontvanger houdt in dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en de

¹⁷⁹ Zie mededeling "netneutraliteit", p. 3.

¹⁸⁰ Zie mededeling "netneutraliteit", p. 3; zie ook Europese Commissie, mededeling, IP/11/486, 19 april 2011, *cit. supra*, p. 2.

¹⁸¹ Door ons vertaling toegevoegd.

inhoud/toepassing/dienstverlener¹⁸²". [Wettelijke maatregelen van verkeersbeheer¹⁸³ moeten mogelijk blijven]"¹⁸⁴.

Omwille van de redenen die uiteengezet werden in het onderdeel dat gewijd is aan BEREC, is deze definitie aangewezen om te dienen als werkdefinitie, aangezien:

- zowel het aspect bescherming van de consument als het aspect mededinging erin zijn opgenomen ;
- netneutraliteit een verschijnsel is dat zowel de inhoud als de transmissie betreft, hetgeen in deze definitie aan bod komt ;
- de 'dienst' in beschouwing genomen wordt met inbegrip van het gebruikte protocol; en dat
- de definitie breed genoeg is om eveneens de discriminatieproblemen die gelinkt zijn aan de eindapparatuur te dekken.

Niettemin dient erop aangedrongen te worden dat de mogelijkheid moet blijven bestaan om dit beginsel te nuanceren, hetgeen trouwens reeds voorzien werd door BEREC in haar documenten:

"Er zijn en zullen afwijkingen blijven van dit strikte principe. Sommige van deze afwijkingen zijn misschien wel gerechtvaardigd en in het belang van de eindgebruiker, maar andere vormen geven aanzet tot bezorgdheid over de mate van concurrentie en voor de samenleving. Om dit te beoordelen, zullen de nationale toezichthouders een bredere set van principes en regelgevende doelstellingen moeten overwegen."¹⁸⁵.

Inderdaad, het beginsel van netneutraliteit is niet in strijd met (bepaalde) toepassingen van verkeersbeheer en laat de introductie toe van beheerde diensten voor zover deze verenigbaar zijn met de exploitatie van internet volgens het "best effort"-beginsel. Het staat de wetgever (en de NRI's) vrij om de mogelijkheid tot uitzonderingen te onderzoeken zonder dat deze het principe tenietdoen dat door de definitie opgelegd wordt.

¹⁸² Zie BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultations on Net Neutrality - Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality - Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5.

¹⁸³ Dit wil zeggen in overeenstemming met de reglementering die van toepassing is of aanvaard werd door de bevoegde nationale regelgevende instanties.

¹⁸⁴ Door ons toegevoegd.

¹⁸⁵ Door ons vertaald. Zie BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultations on Net Neutrality - Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality - Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5).

Wat het verkeersbeheer betreft, blijkt de definitie van BEREC opnieuw de meest geschikte definitie te zijn:

*"Alle technische middelen die worden gebruikt om verkeer te verwerken dat door eindgebruikers via het netwerk wordt verzonden of ontvangen, met inbegrip van zowel toepassings-specifieke en toepassings-agnostisch verkeersmanagement en ... alle maatregelen waarmee soortgelijke doelstellingen worden nagestreefd, met inbegrip van maatregelen door middel van contractuele bepalingen die niet per se technisch worden afgedwongen"*¹⁸⁶.

De definitie die door BEREC gebruikt wordt is inderdaad ruim genoeg om zowel de differentiatiegevallen en de beheerde diensten te dekken als het elementair verkeersbeheer om congestie te vermijden. Wij noteren eveneens dat het de taak is van de wetgever of van de NRI's om uit te maken welke praktijken al dan niet toegelaten zullen worden, met verwijzing naar de uitzonderingen op de definitie van netneutraliteit (door bijvoorbeeld de mogelijkheid te voorzien om beheerde diensten te bieden aan klanten).

¹⁸⁶ BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe - Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation, BoR (12) 30, 29 May 2012, p. 4. Door ons vertaald.

Hoofdstuk II: Juridische aspecten van netneutraliteit

1. Netneutraliteit en reglementering van de elektronische communicatie

A. Netneutraliteit en de bescherming van de eindgebruikers

Vertrekkende van onze werkdefinitie van netneutraliteit die uit de analyse in het vorige hoofdstuk werd gedistilleerd, zullen wij de juridische aspecten van netneutraliteit onder verschillende juridische invalshoeken bespreken.

Op Europees niveau zijn de inspanningen van de instellingen gericht op een bescherming van het neutraal en open karakter van het internet¹⁸⁷. In dit opzicht werd het Europees regelgevend kader voor de elektronische-communicatiesector gewijzigd in 2009 door de “Richtlijn Burgerrechten”¹⁸⁸ en de “Richtlijn Betere Regelgeving”¹⁸⁹. Het aldus hervormde Europees regelgevend kader omvat nu een aantal bepalingen die betrekking hebben op netneutraliteit. Deze bepalingen werden in verschillende richtlijnen geïntroduceerd, met name in de Kaderrichtlijn, de Machtigingsrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn¹⁹⁰. Wat de Kaderrichtlijn betreft, stellen de artikelen 8, § 2, b en 8, § 5, b het begrip netneutraliteit rechtstreeks in verband met de bevordering van de mededinging in de elektronische-communicatiesector (zie *infra*, punt B). Het artikel 8, § 4, g van de Kaderrichtlijn daarentegen gaat over de bescherming van de consumenten in de context van netneutraliteit. De Universeledienstrichtlijn voorziet twee aspecten die beantwoorden aan twee doelstellingen: enerzijds de transparantie van de methodes van

¹⁸⁷ Zoals bevestigd in de Resolutie van het Europees Parlement van 17 november 2011 over het open internet en netneutraliteit in Europa alsook in de verklaring van de Europese Commissie betreffende netneutraliteit, in bijlage gevoegd bij de “betereregelgevingrichtlijn”.

¹⁸⁸ Richtlijn (EG) nr. 136/2009 van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009 ter wijziging van Richtlijn 2002/22/EG betreffende de universele dienstverlening en de gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/CE betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, Verordening nr. 2006/2004/CE betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de wetgeving inzake consumenten-bescherming (burgerrechtenrichtlijn), *PbEU*, L337, 18 december 2009, p. 11.

¹⁸⁹ Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009 ter wijziging van de richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Voor de EER relevante tekst), *PbEU*, L337, 18 december 2009, p. 37.

¹⁹⁰ Zie ook de verklaring « netneutraliteit » van 2009, die door de Commissie in bijlage gevoegd werd bij de betereregelgevingrichtlijn.

verkeerbeheer¹⁹¹ (zelf samengesteld uit twee bestanddelen: de transparantie¹⁹² als zodanig en de verandering van leverancier), en anderzijds de mogelijkheid om minimumkwaliteitsnormen op te leggen inzake de dienstverlening in geval van verzadiging van het netwerk¹⁹³. Welke elementen moeten, in het kader van deze transparantie, aan de consumenten meegedeeld worden, opdat ze duidelijk geïnformeerd zouden zijn betreffende het beheer van het dataverkeer? Hoe zit het met de bepalingen die toelaten een overeenkomst te verbreken tussen een abonnee en een netwerkoperator¹⁹⁴ als deze op een bepaald ogenblik zijn toevlucht neemt tot verkeersbeheer?

Deze bepalingen dienden in de verschillende Lidstaten omgezet te worden, taak die de Belgische federale wetgever¹⁹⁵ evenals de verschillende deelstaten¹⁹⁶ op zich genomen hebben. In dit opzicht dienen de problemen onder de aandacht gebracht te worden waarmee de NRI's geconfronteerd kunnen worden als het erop aan komt deze maatregelen toe te passen, meer bepaald inzake het opleggen van minimumkwaliteitsnormen zoals vermeld in artikel 22, § 3 van de

¹⁹¹ Artikelen 20, § 1, b), 21, § 3, c), 21, § 3 d) en 22, § 2 van de Universeledienstrichtlijn.

¹⁹² Zie in dit verband eveneens bijlage A. 19 van de "Machtigingsrichtlijn" die onder de verplichtingen die gepaard kunnen gaan met een algemene machtiging voorziet in « *Transparantieplichtingen voor aanbieders van openbare communicatienetwerken die openbare elektronische communicatiediensten aanbieden om eind-tot-eindverbindingen te waarborgen overeenkomstig de doelstellingen en beginselen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG, bekendmaking van de voorwaarden ter beperking van de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen indien dergelijke voorwaarden door de lidstaten zijn toegestaan in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht alsmede, voor zover dit nodig en evenredig is, toegang van de nationale regelgevende instanties tot de informatie die zij nodig hebben om de juistheid van bedoelde bekendmaking te toetsen* ».

¹⁹³ Artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn.

¹⁹⁴ Het begrip "operator" wordt op Europees niveau gedefinieerd als degene die een elektronisch communicatienetwerk aanbiedt. Het aanbieden van elektronische communicatiediensten wordt in artikel 2, m) gedefinieerd als zijnde: het bouwen, exploiteren, leiden of beschikbaar stellen van een dergelijk netwerk. De definitie van operator op Belgisch niveau gaat verder dan de definitie die voorzien wordt in het Europees regelgevend kader, en omschrijft een operator als zijnde: ieder persoon die een notificatie indiende overeenkomstig artikel 9. Dit is de reden waarom wij in het vervolg, om elk misverstand te vermijden, de term aanbieder van elektronische netwerken en communicatiediensten zullen gebruiken.

¹⁹⁵ Zie: wet van 10 juli 2012 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *B.S.*, 25 juli 2012, *err.* 20 septembre 2012 en de wet van 10 juli 2012 tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *B.S.* 25 juli 2012, *err.* 13 augustus 2012. Wij vermelden ook de wet van 31 mei 2011 houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie, *B.S.* 21 juni 2011, die een gedeeltelijk omzetting is van richtlijn 2009/136/EG.

¹⁹⁶ Zie: Vlaams decreet van 13 juli 2012 houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, *B.S.* 17 augustus 2012; decreet van de Franse Gemeenschap van 1 februari 2012 houdende bepaalde aanpassingen van het gecoördineerde decreet van 26 maart 2009 over de audiovisuele mediadiensten, *B.S.* 9 maart 2012; Decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 13 februari 2012 ter wijziging, op het vlak van telecommunicatie, van de rechtsregels opgenomen in het decreet van 27 juni 2005 over de audiovisuele mediadiensten en filmvoorstellingen, *B.S.* 24 april 2012; Regeringsbesluit van de Duitstalige Gemeenschap van 23 februari 2012 ter wijziging van het Regeringsbesluit van 8 november 2007 betreffende de aanbestedingsprocedure inzake frequenties voor de analoge aardse klankradio-omroep, *M.B.* 18 april 2012; Wet van 30 maart 1995 tot wijziging van de wet betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, in eerste lezing goedgekeurd door de Ministerraad op 20 juli 2012.

Universeledienstrichtlijn. Ten slotte onderlijnen wij dat er in België wetsvoorstellen ingediend werden met het doel netneutraliteit in de wet op te nemen¹⁹⁷.

Bovendien zullen ook de reglementering van de onderneming met aanmerkelijke marktmacht en met aanmerkelijke marktmacht, de regels inzake elektronische handel, en de relevante regels uit het mededingingsrecht besproken worden. Tot slot zal aandacht besteed worden aan de regels inzake bescherming van persoonsgegevens.

1. Het Europees regelgevend kader

In dit eerste onderdeel zullen vier hoofdaspecten van het Europees reglementair kader geanalyseerd worden: de doelstellingen van de reglementering, de transparantie, de verandering van ISP en de kwaliteit van de dienstverlening. Elk van deze aspecten zal besproken worden aan de hand van de analyse die BEREK over deze onderwerpen maakte in de verschillende documenten die zij daarover publiceerden.

1. De doelstellingen van de reglementering

Elke reglementering in de elektronische communicatie-sector moet gesteund zijn op doelstellingen en principes die vastgelegd zijn in het regelgevend kader. Aangezien dit kader geldt op Europees niveau, werden bedoelde doelstellingen en principes vastgelegd in de Kaderrichtlijn, met name in artikel 8. Toen het kader gewijzigd werd in 2009, werden nieuwe doelstellingen ingelast in de artikelen 8, § 2, b) en 8, § 4, g) van de Kaderrichtlijn :

*"De nationale regelgevende instanties bevorderen de concurrentie bij de levering van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bijbehorende faciliteiten en diensten, onder meer door ervoor te zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is »*¹⁹⁸ ;

*"De nationale regelgevende instanties bevorderen de belangen van de burgers van de Europese Unie, onder meer door het vermogen te bevorderen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze"*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Wetsvoorstel van 1 juni 2011 ter wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, wat betreft de netneutraliteit, *Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, nr. 53-1536/001, geamendeerd door het wetsvoorstel van 7 juli 2011 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, nr. 53-1467/002, voorstel tot herziening van de Grondwet, herziening van artikel 23, teneinde het beginsel van de neutraliteit van de internetnetwerken erin op te nemen, *Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, nr. 53-1471/001.

¹⁹⁸ Art. 8, § 2, b) van de Kaderrichtlijn.

¹⁹⁹ Art. 8, § 4, g) van de Kaderrichtlijn.

Deze twee doelstellingen dekken verschillende aspecten van netneutraliteit.

Enerzijds betreft artikel 8, § 2, b) de aspecten die betrekking hebben op mededingingsrechtelijke problemen. Netneutraliteit wordt besproken vanuit de invalshoek van de mededinging in het algemeen, maar ook op specifieke wijze door expliciet te verwijzen naar de transmissie van inhoud (zie *infra*, deel B).

Anderzijds heeft artikel 8, § 4, g) betrekking op de bescherming van de eindgebruikers. Het doel hiervan is de NRI's toe te laten de goedkeuring van een sectorale reglementering te staven wanneer deze laatste beoogt het recht te beschermen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden, alsook om de toepassingen en de diensten van hun keuze te gebruiken.

Aangezien het gaat om principes en doelstellingen, vormen artikel 8, § 2, b) en artikel 8, § 4, g) strikt genomen geen afdoende juridische basis voor specifieke acties van de NRI's. Artikel 8 van de Kaderrichtlijn somt immers een geheel van doelstellingen op, op basis waarvan de NRI's hun beslissingen²⁰⁰ dienen te staven wanneer ze de elektronische communicatiemarkten regelen. Als juridische basis hebben dergelijke beslissingen echter een specifiek artikel van het regelgevend kader nodig. Door het regelgevend kader te wijzigen, zullen de NRI's in staat zijn om specifieke maatregelen te nemen teneinde het neutraal karakter van de netwerken te beschermen.

2. Transparantie

Men kan slechts komen tot een (volmaakte) mededinging als bepaalde voorwaarden vervuld zijn. Eén van deze voorwaarden is de transparantie van de markt. Hoe groter deze transparantie, hoe meer de marktactoren over de nodige informatie beschikken om een keuze te kunnen maken tussen de diensten die hen voorgesteld worden. Daarentegen geeft een onevenwicht in de informatie aan dat de markt ondoeltreffend wordt, vermits de ISP beter de kwaliteit van zijn dienstverlening²⁰¹ kent dan de eindgebruiker.

Met betrekking tot de netneutraliteit blijft de idee dezelfde: eindgebruikers moeten toegang hebben tot de informatie betreffende de beschikbare aanbiedingen op de markt, zodat ze de aanbiedingen voor een onbeperkte internettoegang (toegang tot alle beschikbare applicaties op Internet) kunnen identificeren, evenals de beperkingen die toepasselijk zijn op beperkte aanbiedingen. *"De eindgebruikers moeten kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware en software zij hiervoor willen gebruiken, onverminderd de noodzaak de integriteit en de veiligheid van de netwerken en diensten te vrijwaren. Een concurrerende markt biedt de gebruikers een breed scala*

²⁰⁰ Zie bijvoorbeeld art. 7, § 1 Kaderrichtlijn, art. 8, § 4 toegangsrichtlijn en art. 17, § 2 Universeledienstrichtlijn. Zie ook art. 4 van de Kaderrichtlijn die voorziet in de mogelijkheid tot verhaal tegen de beslissingen van de NRI's.

²⁰¹ Zie George Akerlof « The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, nr. 3, 1970, p. 488-500.

*van inhoud, toepassingen en diensten. De nationale regelgevende instanties moeten bevorderen dat gebruikers toegang hebben tot informatie en deze kunnen verspreiden, en toepassingen en diensten van hun keuze kunnen gebruiken, zoals bepaald in artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn)*²⁰².

Transparantie²⁰³ is het eerste aspect dat door de Europese richtlijnen naar voren geschoven wordt als aanpak op het vlak van netneutraliteit.

De basisbepalingen betreffende de netneutraliteit zijn de nieuwe vereisten op vlak van transparantie aangekondigd in de artikelen 20, § 1, b), 21, § 3, c) en 21, § 3, d) van de Universeledienstrichtlijn; ze geven aanleiding tot transparantiemaatregelen die mogelijk nog strikter en nog explicieter zijn wat betreft de informatie die aan de eindgebruikers aangeboden dient te worden opdat ze in staat zouden zijn om weloverwogen keuzes te maken. Ook artikel 22, § 2 kan hier vermeld worden, omdat het voorziet in een verplichting tot transparantie wat betreft de kwaliteit van de dienstverlening. Ten slotte noteren wij dat de begunstigen van deze transparantie zowel de gebruikers als de eindgebruikers zijn²⁰⁴.

A. De bepalingen van het Europees regelgevend kader

Artikel 20, § 1, b) van de Universeledienstrichtlijn betreft vooral de overeenkomsten die gesloten worden tussen eindgebruikers en ISP's en voorziet verplichtingen voor de ISP's om in de contracten volgende zaken te preciseren:

- *informatie over eventuele beperkingen inzake toegang tot en/of gebruik van diensten en toepassingen, indien zulks volgens de nationale wetgeving overeenkomstig de Gemeenschapswetgeving toegestaan is;*
- *de minimumkwaliteitsniveaus van de geboden diensten, te weten de wachttijd bij eerste aansluiting en, in voorkomend geval, andere parameters voor de kwaliteit van de dienst, zoals gedefinieerd door de nationale regelgevende instanties,*
- *door de onderneming ingestelde procedures om het verkeer te meten en te sturen, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting tot haar maximum wordt gevuld of overloopt, en over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening,*
- *alle beperkingen die de leverancier heeft opgelegd met betrekking tot het gebruik van geleverde eindapparatuur.*²⁰⁵

²⁰² Overweging nr. 28 van de burgerrechtenrichtlijn.

²⁰³ Er dient genoteerd te worden dat de transparantie waarvan hier sprake zich situeert op de retailmarkt van de elektronische communicatiediensten.

²⁰⁴ BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (december 2011), p. 8.

²⁰⁵ 2^e, 3^e, 4^e et 6^e streepje van artikel 20, § 1, b) van de Universeledienstrichtlijn.

Artikel 21, § 3, c voorziet de mogelijkheid voor de NRI's om de ISP's te verplichten « *abonnees te informeren over eventuele wijzigingen in de voorwaarden voor beperking van de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen, indien zulks volgens de nationale wetgeving overeenkomstig de Gemeenschapswetgeving toegestaan is* »²⁰⁶.

Artikel 21, § 3, d) laat de NRI's toe te eisen van de ISP's om: "*informatie te verstrekken over door de aanbieder ingestelde procedures om het verkeer te meten en vorm te geven, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting vol- of overloopt, en over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening*"²⁰⁷.

Artikel 22, § 2 voorziet dan weer dat "*nationale regelgevende instanties onder andere de te hanteren parameters voor de kwaliteit van de dienst, alsook de inhoud, vorm en wijze van bekendmaking van de te publiceren informatie, met inbegrip van mogelijke kwaliteitscertificerings-regelingen, kunnen bepalen teneinde ervoor te zorgen dat de eindgebruikers, inclusief eindgebruikers met een handicap, toegang hebben tot volledige, vergelijkbare, betrouwbare en gebruikersvriendelijke informatie*"²⁰⁸.

Noteren we ten slotte dat alinea 2 van artikel 21, § 3 het volgende voorziet : "*Als dit nodig wordt geacht, mogen de nationale regelgevende instanties zelf- of mederegulerende maatregelen bevorderen alvorens verplichtingen op te leggen*"²⁰⁹.

B. Analyse van de bepalingen van het Europees regelgevend kader

Het zijn de artikelen 20 en 21 van de Universeledienstrichtlijn die de uitgebreidere transparantie op de retailmarkt van de aanbieders van elektronische-communicatiediensten invoeren in het Europees regelgevend kader. Deze transparantie situeert zich op drie niveaus: vooraleer de overeenkomst afgesloten wordt (vergelijking van de aanbiedingen en diensten op de markt), bij het afsluiten van de overeenkomst (algemene voorwaarden van de overeenkomst) en na het afsluiten van de overeenkomst (notificatie van de contractuele wijzigingen).

Overweging 28 van burgerrechtenlijn preciseert de uitvoeringsmodaliteiten van deze bepalingen als volgt: "*Gezien het toenemende belang van elektronische communicatie voor consumenten en ondernemingen moeten de gebruikers in ieder geval volledig worden geïnformeerd over alle beperkingen die door de aanbieder van de diensten en/of de exploitant van het netwerk op het gebruik van de*

²⁰⁶ Artikel 21, § 3, c) van de Universeledienstrichtlijn.

²⁰⁷ Artikel 21, § 3, d) van de Universeledienstrichtlijn.

²⁰⁸ Artikel 22, § 2 van de Universeledienstrichtlijn.

²⁰⁹ Dit punt zal meer in detail besproken worden in het vierde hoofdstuk van dit verslag dat gewijd is aan de aanbevelingen.

*elektronischecomunicatiediensten worden opgelegd*²¹⁰. Het is zijn de woorden “volledig geïnformeerd” die het werkelijke doel van de transparantie preciseren: opdat de eindgebruiker een weloverwogen keuze zou kunnen maken, dient hij volledig geïnformeerd te zijn over alle beperkingen die op de elektronischecommunicatiedienst toegepast worden.

Opdat de eindgebruiker volledig geïnformeerd zou zijn, dient de informatie die door de ISP's verstrekt wordt, bepaalde kenmerken te vertonen. Volgens BEREC moet deze informatie :

- toegankelijk²¹¹,
- begrijpelijk²¹²,
- vergelijkbaar met andere aanbieders²¹³,
- exact²¹⁴ en
- zinvol zijn²¹⁵.

BEREC preciseert evenwel dat niet noodzakelijk aan al deze informatiekenmerken voldaan dient te worden opdat de informatie in overeenstemming zou zijn met de Europese regelgeving²¹⁶, doch hoe meer met deze kenmerken rekening gehouden wordt, hoe adequater de informatie zal zijn aangezien de eindgebruiker deze beter

²¹⁰ Overweging nr. 28 van de burgerrechtenrichtlijn.

²¹¹ « *Toegankelijkheid : de informatie betreffende de internettoegangdienst, en meer in het bijzonder betreffende het verkeersbeheer en andere restricties, moeten toegankelijk zijn voor de eindgebruikers. Een toegankelijke informatie betekent onder meer dat de informatie gemakkelijk teruggevonden en geïdentificeerd kan worden. Als de informatie ontoegankelijk is kunnen de eindgebruikers de nodige informatie gewoonweg niet bekomen* ». (eigen vertaling) BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14.

²¹² « *Duidelijkheid – Een andere belangrijke voorwaarde opdat een informatie transparant zou zijn is dat de informatie begrijpbaar moet zijn voor de eindgebruikers. Informatie die te technisch is opdat eindgebruikers deze zouden begrijpen, zal niet leiden tot weloverwogen keuzes. Om begrijpbaar te zijn, moet de informatie eveneens op een klantvriendelijke manier aangeboden worden* ». (eigen vertaling) BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14.

²¹³ « *Vergelijkbaarheid – De informatie moet voldoende vergelijkbaar zijn voor de eindgebruikers wanneer dezelfde relevante informatie transparant is en aangeboden wordt op een nogal gelijkaardige manier door verschillende leveranciers of voor verschillende gegroepeerde offertes, om vergeleken te kunnen worden zodat de verschillen en de gelijkenissen duidelijk zijn.* » (eigen vertaling) BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 14.

²¹⁴ « *Precisie – De informatie moet juist en actueel zijn. De eindgebruikers moeten in staat zijn de informatie betreffende hun huidige situatie na te zien, wat impliceert dat er regelmatige updates nodig zijn. Als de eindgebruikers of NRI's kunnen nazien of de informatie juist en up to date is, dan is het mogelijk dat de informatie precies is* ». (eigen vertaling) BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (december 2011), p. 14.

²¹⁵ « *Zinvol zijn – Echte transparantie vereist dat een informatie nuttig is voor de eindgebruikers. Het verschaffen van informatie zal de eindgebruikers niet in staat stellen om weloverwogen keuzes te maken als de informatie dubbelzinnig of irrelevant is of niet aangeboden wordt op een nuttige wijze* ». (eigen vertaling) BEREC BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (december 2011), p. 14.

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 14.

zal begrijpen. Bijvoorbeeld, informatie die technische details geeft over de beperkingen van de elektronische-communicatiedienst, is wel precies maar riskeert niet begrijpbaar te zijn voor het merendeel van de eindgebruikers. Bijgevolg dienen deze kenmerken dus op een zo doeltreffend mogelijke manier toegepast worden teneinde informatie aan te bieden die een weloverwogen keuze toelaat. In dit opzicht onderlijnen wij dat de gebruikte terminologie eveneens geuniformiseerd dient te worden opdat de informatie op zijn minst aan het merendeel van de door BEREĆ voorgestelde kenmerken zou kunnen beantwoorden. Bovendien wordt niet uitgesloten dat beroep gedaan wordt op derden om de informatie aan te bieden aan de eindgebruiker²¹⁷ : zo kunnen technische deskundigen, gespecialiseerde sites, of zelfs NRI's informatie verstrekken over de beperkingen op de elektronische-communicatiediensten. Deze benadering dient dan beschouwd te worden als een aanvulling op de verplichtingen die voorzien worden in de Universeledienstrichtlijn: de ISP's moeten erop toezien dat ze hun verplichtingen inzake transparantie nakomen en dit, zelfs als de door het Europees regelgevend kader bedoelde informatie, reeds verstrekt wordt door derde partijen.

3. De verandering van operator en van ISP

Transparantie laat de eindgebruiker toe zijn ISP te kiezen op een weloverwogen manier. Transparantie op zich volstaat evenwel niet²¹⁸ om de mededinging te waarborgen. De eindgebruiker zal zijn keuze slechts ten volle kunnen laten spreken als hij gemakkelijk van aanbieder kan veranderen. Indien de eindgebruiker zich in een situatie bevindt waarin hij verplicht wordt zijn overeenkomst met de aanbieder verder te zetten, zal hij niet kunnen kiezen voor een andere aanbieder wiens aanbod beter bij hem zou passen.

Tal van verplichtingen kunnen een rol spelen (kost van het nodige materiaal om een internetverbinding te bekomen, investering in de tijd vanwege de eindgebruiker om zijn contract te wijzigen, tijdsspanne tijdens dewelke hij niet over een Internetverbinding zal beschikken, enz...) maar wat het Europees regelgevend kader hier expliciet bedoelt, is de verplichting die voortvloeit uit het contract voor de abonnee. Deze is inderdaad vaak verplicht een minimumperiode te respecteren tijdens dewelke hij een vergoeding moet betalen aan de aanbieder als hij zijn contract verbreekt²¹⁹.

Het Europees regelgevend kader werd gewijzigd om rekening te houden met deze realiteit in het kader van de netneutraliteit. Zo stipuleert artikel 20, § 2: "*De lidstaten zorgen ervoor dat abonnees zonder boete hun contract kunnen opzeggen wanneer zij op de hoogte worden gesteld van wijzigingen in de voorwaarden die worden*

²¹⁷ *Ibidem.*, p. 17 en volg.

²¹⁸ BEREĆ BoR (11) 67 – Guidelines on Transparency in scope of Net Neutrality : best practices and recommended approaches (December 2011), p. 9.

²¹⁹ Voor meer informatie over dit onderwerp : BEREĆ BoR (10) 34 – Report on best practices to facilitate consumer switching (Octobre 2010).

voorgesteld door de onderneming die de elektronische communicatienetwerken en/of -diensten verstrekt"²²⁰.

Concreet stipuleert artikel 20, § 2 dus dat de abonnee, bij contractuele wijzigingen in de overeenkomst tussen hemzelf en de aanbieder, het recht heeft om een einde te stellen aan de overeenkomst, dit wil zeggen de overeenkomst te verbreken zonder bijkomende kosten. Impliciet betekent dit dat alle beperkingen met betrekking tot de geleverde dienst eveneens als contractuele wijzigingen beschouwd dienen te worden: als een aanbieder bijvoorbeeld de contractuele voorwaarden wijzigt met betrekking tot de kwaliteit van zijn dienstverlening, zou de gebruiker het recht hebben om zijn contract te beëindigen en een nieuwe aanbieder te kiezen.

Niet alleen heeft de abonnee het recht om zijn contract te beëindigen, de aanbieder is ook verplicht om hem op de hoogte te brengen van dit recht: *"De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren op de hoogte gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete hun contract op te zeggen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden"*. Bovendien mogen de voorwaarden en procedures voor contractbeëindiging de verandering van dienstenaanbieder geen ontmoedigend effect hebben om van dit recht gebruik te maken²²¹.

Ten slotte preciseren wij dat artikel 30 van de Universeledienstrichtlijn voorziet dat in contracten tussen consumenten en aanbieders van elektronische-communicatiediensten geen initiële contractduur van meer dan 24 maanden mag worden vastgelegd ²²². Concreet gezien betekent dit dat de consument het recht zal hebben zijn abonnementsovereenkomst te beëindigen na afloop van de termijn van 24 maanden vanaf het begin van de overeenkomst. De operatoren moeten ook overeenkomsten aanbieden van 12 maand.

4. De kwaliteit van de dienstverlening

De Europese wetgever heeft het regelgevend kader in 2009 gewijzigd, op het niveau van de Kaderrichtlijn door de doelstellingen te verruimen, en op het niveau van de Universeledienstrichtlijn door de transparantie uit te breiden en de verandering van aanbieder te vergemakkelijken.

In deze laatste richtlijn heeft hij eveneens de doelstelling geuit dat de eindgebruikers in staat zouden zijn de netwerken en diensten te gebruiken zoals zij dat wensen: *"De eindgebruikers moeten kunnen beslissen welke inhoud zij willen verzenden en ontvangen, en welke diensten, toepassingen, hardware en software zij hiervoor willen gebruiken, onverminderd de noodzaak de integriteit en de veiligheid van de*

²²⁰ Artikel 20, § 2 van de Universeledienstrichtlijn.

²²¹ Artikel 30, § 6 van de Universeledienstrichtlijn.

²²² Artikel 30, § 5 van de Universeledienstrichtlijn.

*netwerken en diensten te vrijwaren*²²³. Een concurrerende markt zou de kwaliteit van de door de eindgebruikers gevraagde dienstverlening immers moeten kunnen waarborgen²²⁴.

In sommige gevallen zal het evenwel nodig zijn dat de NRI's tussenkomen op de elektronische-communicatiemarkt. Artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn stipuleert: *"Teneinde een achteruitgang van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, zorgen de lidstaten ervoor dat de nationale regelgevende instanties minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten kunnen opleggen aan de aanbieder(s) van openbare communicatienetwerken"*²²⁵. Wanneer de NRI immers oordeelt dat de kwaliteit van de dienstverlening op de netwerken bedreigd is, mag zij minimumkwaliteitsnormen opleggen.

Impliciet dient dit artikel 22, § 3 gezien te worden als een laatste redmiddel: het zal slechts toegepast worden wanneer de andere maatregelen (transparantie en verandering van aanbieder) niet voldoende waren om de degradatie van de dienstverlening op de netwerken te verhinderen²²⁶. *In concreto*, indien de NRI komt vast te stellen dat de implementatie en de toepassing van de bepalingen die voorzien zijn inzake transparantie en verandering van leverancier niet volstaan om een afdoende kwaliteit van dienstverlening te waarborgen aan de gebruiker, zal zij een beslissing kunnen nemen ter vastlegging van minimumkwaliteitsnormen voor een geheel van dienstverleningen. Dit idee van laatste redmiddel wordt versterkt door de verplichting van de NRI's om slechts dwingende maatregelen te nemen als deze noodzakelijk blijken. De verplichting van de NRI om het evenredigheidsbeginsel²²⁷ na te leven bij het kiezen van oplossingen om tekortkomingen van de markt te verhelpen, verplicht haar immers om rekening te houden met de weerslag die deze oplossingen zouden kunnen hebben op de markt. Als er een onevenredigheid bestaat tussen de kosten die de oplossingen met zich meebrengen en het nagestreefde doel, dan zou dit een ongerechtvaardigde last kunnen betekenen voor het geheel van de elektronische-communicatiesector.

Bij het toetsen van de evenredigheid gelden 3 criteria: de doeltreffendheid, de noodzaak en de strikte evenredigheid²²⁸.

²²³ Overweging nr. 28 van de burgerrechtenrichtlijn.

²²⁴ Overweging nr. 34 van de burgerrechtenrichtlijn.

²²⁵ Artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn.

²²⁶ Zie in deze zin : BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 6 et 7.

²²⁷ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 13 en 14.

²²⁸ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), p. 58.

Met doeltreffendheid wordt bedoeld dat ondernemingen minimumkwaliteitsnormen op redelijke wijze op de dienstverlening kunnen toepassen om de degradatie van niet geprioriteerde diensten te voorkomen, te elimineren of te beperken.

Noodzaak veronderstelt dat de reglementaire doelstellingen in gevaar gebracht worden omdat de dienstverlening reeds gedegradeerd is (of het risico daartoe groot is) en andere wettelijke maatregelen in overweging genomen werden doch ontoereikend bevonden werden, of niet vlug genoeg toegepast konden worden om de toestand te verhelpen.

Ten slotte dient de opgelegde verplichting eveneens evenredig te zijn met de beoogde doelstelling. Met strikte evenredigheid wordt bedoeld dat aan de betrokken beslissingen een adequate draagwijdte toegemeten wordt. Als bepaalde ISP's bijvoorbeeld gedegradeerde niet geprioriteerde diensten aanbieden, dan is het mogelijk de maatregelen slechts toepasselijk te maken op deze specifieke ISP's.

In dit geval zal de NRI haar beslissing correct moeten staven en dit meer bepaald wat betreft de doeltreffendheid van de maatregelen inzake transparantie en verandering van aanbieder. Wij benadrukken eveneens dat de Europese Commissie en BEREC inzagerecht hebben met betrekking tot de beslissingen die genomen werden in toepassing van artikel 22, § 3²²⁹.

Dit artikel heeft een brede draagwijdte: het laat toe dat minimumkwaliteitseisen opgelegd worden zowel aan bepaalde diensten in het bijzonder (bijvoorbeeld: VoIP, peer-to-peer, enz.) als aan het geheel van diensten die via netwerken transiteren²³⁰. De draagwijdte ervan is des te breder in die zin dat dit artikel aan een NRI toelaat om zowel a posteriori als a priori op te treden²³¹. Concreet gezien zal de NRI dus een beslissing kunnen nemen op basis van artikel 22, § 3 zonder noodzakelijkerwijs eerst een degradatie van de kwaliteit op de netwerken te moeten vaststellen. Met andere woorden, de NRI kan proactief optreden teneinde een saturatie van de netwerken te vermijden.

Ten slotte noteren wij dat in de richtsnoeren die BEREC in 2012 gepubliceerd heeft²³², de criteria vooropgesteld worden aan de hand waarvan NRI's situaties kunnen identificeren die een risico inhouden van degradatie van de dienstverlening.

²²⁹ Artikel 22, § 3, tweede alinea. Wij noteren dat de NRI's zich van deze verplichting dienen te kwijten mits naleving van de kennisgevingsprocedure die voorzien wordt in de aanbeveling 2012/798/EU van 12 december 2012 betreffende de kennisgevingsprocedure overeenkomstig artikel 22, lid 3 van Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de universele dienst en de gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PB.*, L 349/72, 19 december 2012.

²³⁰ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (December 2012), pp. 5 en 6; 37 en volg.

²³¹ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (december 2012), p. 22.

²³² BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (december 2012).

Diezelfde richtsnoeren voorzien eveneens criteria die de regulator in staat stellen een beslissing te nemen op basis van artikel 22, § 3²³³.

II. Het Belgisch wettelijk kader

1. Huidig federaal wettelijk kader

Netneutraliteit is een onderwerp dat slechts onlangs in de Belgische federale wetgeving opgenomen werd. Gevolg gevend aan de wijzigingen van het Europees regelgevend kader in 2009, heeft België de bepalingen in verband met netneutraliteit op federaal niveau omgezet in juli 2012²³⁴, door de wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie²³⁵. De wet van 10 juli 2012 zet echter niet alleen de bepalingen van het regelgevend kader om in de Belgische wetgeving, maar voorziet eveneens regels die verder gaan dan aanvankelijk voorzien wordt in het Europees regelgevend kader, meer bepaald inzake de bescherming van de eindgebruikers²³⁶.

In het kader van de omzetting van de bepalingen voorzien in het Europees regelgevend kader, heeft België ook de artikelen betreffende netneutraliteit omgezet, met name wat betreft de doelstellingen van het wettelijk kader, de transparantie, de verandering van operator en de kwaliteit van de dienst.

A. De doelstellingen van het Belgisch federaal wettelijk kader

Wat de doelstellingen van het wettelijk kader betreft, werden de beginselen opgenomen in de artikelen 6, 2° (bevorderen van de mededinging – zie *infra*, deel B) en 8, 7° (toezien op de belangen van de gebruikers) van de WEC :

*« Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten waakt het over de belangen van de gebruikers op volgende wijze...: het bevordert het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze »*²³⁷.

²³³ BEREC BoR (15) 131 – Guidelines for Quality of Service in the scope of Net neutrality (december 2012), p. 62.

²³⁴ Wet van 10 juli 2012 houdende diverse beschikkingen inzake elektronische communicatie, *B.S.*, 25 juli 2012, *err.* 20 september 2012. Zie ook de wet van 31 mei 2011 houdende diverse beschikkingen inzake telecommunicatie, *B.S.*, 21 juni 2011.

²³⁵ *B.S.*, 20 juni 2005, hierna : « WEC ».

²³⁶ Ter herinnering, het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft reeds arresten uitgesproken (*H.v.J.*, 11 maart 2010, *Telekomunikacja Polska*, C-522/08, punt 29 ; 5 mei 2011, *Deutsche Telekom c. Allemagne*, C-543/09, punt 41) waarin geoordeeld wordt dat de Kaderrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn geen volledige harmonisering bieden van de aspecten met betrekking tot de bescherming van de gebruikers. Aldus staat het een Lidstaat vrij wetten uit te vaardigen die verder gaan dan hetgeen reeds in genoemde richtlijnen voorzien wordt.

²³⁷ Art. 8, 7° WEC.

Deze bepaling is een getrouwe omzetting van de Kaderrichtlijn²³⁸.

B. Transparantie

Wat de omzetting betreft van de artikelen inzake transparantie, werden deze correct in de Belgische wetgeving geïmplementeerd in de artikelen 108, § 1, b) 2°, 3°, 4° en 6° streepje, 111/1, 2° en 113, § 5 van de WEC :

« 1. Ieder contract dat gesloten wordt tussen een abonnee en een operator, [...] bevat op zijn minst de volgende inlichtingen in een heldere, gedetailleerde en gemakkelijk toegankelijke vorm :

- *informatie over eventuele beperkingen inzake toegang tot en/of gebruik van diensten en toepassingen, indien zulks volgens de wettelijke en reglementaire bepalingen toegestaan is en informatie in verband met de snelheid en het downloadvolume van een breedbandaansluiting die overeenkomstig de door het Instituut vastgelegde methodologie wordt gemeten;*
- *minimumkwaliteitsniveaus van de geboden diensten, te weten de wachttijd bij eerste aansluiting en, in voorkomend geval, andere parameters voor de kwaliteit van de dienst, zoals gedefinieerd door het Instituut;*
- *informatie over door de onderneming ingestelde procedures om het verkeer te meten en te sturen, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting wordt verzadigd of oververzadigd, en over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening;*
- *alle beperkingen die de leverancier heeft opgelegd met betrekking tot het gebruik van geleverde eindapparatuur»*²³⁹.

*« Het Instituut kan de aanbieders van openbare elektronische-communicatienetwerken en/of openbare elektronische-communicatiediensten verplichten om abonnees te informeren over eventuele wijzigingen in de wettelijk toegestane voorwaarden voor beperking van de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen»*²⁴⁰.

« Ondernemingen die openbare elektronische-communicatienetwerken aanbieden, alsook ondernemingen die openbare elektronische-communicatiediensten verstrekken leveren het Instituut informatie over door de aanbieder ingestelde procedures om het verkeer te meten en vorm te geven, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting verzadigd of overbelast wordt. Diezelfde ondernemingen publiceren op hun website informatie ten behoeve van de eindgebruikers over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening. De informatie wordt voor publicatie eveneens aan het Instituut

²³⁸ Behalve wat betreft het gebruik van de term « gebruiker » in de plaats van « burgers van de Europese Unie ». Ons inziens heeft dit verschil echter geen gevolgen aangezien punt 7 van artikel 8 WEC het precieze begrip « eindgebruiker » hanteert.

²³⁹ Artikel 108, § 1, b), 2°, 3°, 4° en 6° streepje WEC. Zie ook artikel 6 § 1 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

²⁴⁰ Artikel 111/1, 2° WEC.

verstrekt. Het Instituut beschikt over een termijn van een maand om zijn eventuele opmerkingen te formuleren. De ondernemingen mogen de informatie pas publiceren nadat rekening is gehouden met deze opmerkingen »²⁴¹.

Uit een eerste analyse blijkt dat het opnieuw gaat om een getrouwe omzetting van de Universeledienstrichtlijn. Op één punt gaat de omzetting echter iets verder. In vergelijking met de richtlijn voegt artikel 108, § 1, b), 2^e streepje immers een nieuwe informatie toe die in het contract moet voorkomen : « *Informatie over de snelheid en het downloadvolume van een breedbandaansluiting die overeenkomstig de door het Instituut vastgelegde methodologie wordt gemeten* ». Deze informatie vormde het voorwerp van een besluit van het BIPT van 4 december 2012²⁴² dat voorziet welke downloadinformatie er allemaal beschikbaar moet zijn onder een duidelijke, gedetailleerde en makkelijk toegankelijke vorm. Wat de aangewezen methode betreft om de snelheid van de breedbandverbinding te meten, voorziet BEREC in haar werkprogramma voor 2013 de verwezenlijking van een uitgebreide analyse met als doel de voor- en nadelen van de verschillende meetmethodes te identificeren. Deze studie zou kunnen leiden tot een gemeenschappelijk meetplatform voor de verschillende nationale regulatoren. Het BIPT wenst het resultaat van dit initiatief af te wachten alvorens andere stappen te ondernemen inzake het meten van de snelheid van de breedbandverbinding.

C. Verandering van aanbieder

Wat de omzetting betreft van de artikelen inzake verandering van ISP, werden deze in de Belgische wetgeving geïmplementeerd in het artikel 108, §§ 2 en 3 :

« *De abonnees hebben het recht om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen aan een beding van het afgesloten contract, het contract zonder boete op te zeggen* »²⁴³.

« *Wanneer het in paragraaf 1 bedoelde contract afgesloten wordt met een consument mag de initiële duurtijd van het contract niet meer dan vierentwintig maanden bedragen. Operatoren bieden hun klanten steeds de mogelijkheid om een contract met een initiële maximumlooptijd van twaalf maanden af te sluiten* »²⁴⁴.

Deze bepalingen verbieden de operatoren om aan de consumenten contracten van bepaalde duur op te leggen met een initiële looptijd van meer dan 24 maand. De operatoren dienen eveneens contracten met een looptijd van 12 maanden aan te bieden. Deze initiële looptijden doen echter geen afbreuk aan het recht van de

²⁴¹ Artikel 113, § 5 WEC.

²⁴² Besluit van de Raad van het BIPT van 4 december 2012 betreffende de communicatie van de snelheid van de vaste breedbandverbinding, beschikbaar op : http://www.ibpt.be/NL/654/ShowDoc/3895/Besluiten/Besluit_van_de_Raad_van_het_BIPT_van_4_december_20.aspx

²⁴³ Artikel 108, §2 WEC. Zie ook artikel 6 §2 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

²⁴⁴ Artikel 108, §3 WEC. Zie ook artikel 6 §3 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

abonnee om het contract te beëindigen bij eventuele wijzigingen van de contractuele voorwaarden achteraf.

Naar aanleiding van de omzetting van de nieuwe bepalingen van het Europees regelgevend kader, werd een artikel 111/3 toegevoegd, dat voorziet in betere beschermende maatregelen voor de abonnee:

“§1 De opzeg van het in artikel 108, § 1 bedoelde contract door de abonnee kan door alle schriftelijke middelen en zonder opgaaf van redenen gebeuren. Het contract wordt beëindigd op het moment gekozen door de abonnee, zelfs onmiddellijk. De operator sluit zo spoedig als technisch mogelijk de betrokken dienst af en stuurt een schriftelijke bevestiging ervan naar de abonnee.

§ 2. Zijn, onverminderd de toepassing van hoofdstuk III, Afdeling 6 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, van rechtswege nietig, de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden in verband met de contractbeëindiging in de overeenkomsten gesloten tussen een operator en een abonnee, die ertoe strekken de verandering van operator of het gebruik van de faciliteit bedoeld in artikel 11, § 7, onmogelijk te maken of te ontmoedigen.

De overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de nietige bedingen of voorwaarden kan voortbestaan.

§ 3. De operator kan, onverminderd het bepaalde in het tweede lid, van een consument of een abonnee die over niet meer dan vijf oproepnummers, met uitzondering van de nummers voor de M2M-diensten, beschikt geen schadevergoeding vorderen voor de beëindiging van een contract van onbepaalde duur of voor de vroegtijdige beëindiging van een contract van bepaalde duur na afloop van de zesde maand volgend op de inwerkingtreding van het contract.

(...)

Van de consument of een abonnee die over niet meer dan vijf oproepnummers beschikt en die kosteloos of tegen een lagere prijs een product heeft verkregen waarvan de verkrijging gebonden was aan het inschrijven op een abonnement van bepaalde duur, mag bij de vroegtijdige beëindiging van het contract een bijkomende schadevergoeding gevorderd worden, die echter niet hoger mag zijn dan de restwaarde van het product op het ogenblik van de beëindiging van het contract, bepaald overeenkomstig artikel 108, § 1, e), laatste streepje »²⁴⁵.

Concreet gezien laat § 3 van dit artikel 111/3 de abonnee toe om zijn contract zonder boete te beëindigen, zodra een termijn van 6 maand is afgelopen na de inwerkingtreding van zijn contract. Deze beëindiging kan onder eender welke

²⁴⁵ Artikel 111/3, §§ 1, 2 en 3 WEC. Zie ook artikel 6/1 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

schriftelijke vorm gebeuren²⁴⁶ : vroeger diende een aangetekende brief gestuurd te worden om een contract te beëindigen. Nu kan de beëindiging gebeuren onder eender welke schriftelijke vorm en dit zonder dat de abonnee enige verantwoording dient te geven²⁴⁷.

Deze bepalingen zijn evenwel slechts toepasselijk op abonnees die over niet meer dan 5 oproepnummers beschikken, waaruit afgeleid kan worden dat het voordeel ervan zowel toepasselijk is op eindgebruikers als op eender welke gebruikers die minder dan 5 oproepnummers bezitten, meer bepaald kleine en middelgrote ondernemingen²⁴⁸.

Wij noteren eveneens dat de laatste alinea van § 3 van artikel 111/3 de ISP's verplicht om aan de abonnee die zijn contract beëindigt een aflossingstabel aan te bieden voor het product dat deze laatste eventueel gratis of voor een verminderde prijs ontving op het moment en in het kader van de onderschrijving van zijn abonnement. Een abonnee die gratis een gsm ontving bij het onderschrijven van zijn internetabonnement, kan aldus zijn contract beëindigen op dezelfde wijze als de abonnees die het betrokken product niet ontvingen. Hij zal evenwel de prijs moeten betalen van het goed dat hij gekregen heeft ter aanvulling van zijn internetabonnement en dit overeenkomstig de aflossingstabel die de ISP hem daartoe overgemaakt zal hebben.

Wat betreft de modaliteiten om van operator te veranderen, noteren wij dat de wetgever in de artikelen 121/1 en 121/2, een gedragscode heeft opgesteld om de verandering van operator te vergemakkelijken op twee punten : de persoonlijke webruimtes en de elektronische adressen gebaseerd op de handelsnaam en/of de merken waarmee deze internettoegangsdienst werd gecommercialiseerd. Het BIPT heeft deze code goedgekeurd in een beslissing van 1 maart 2010²⁴⁹.

²⁴⁶ Onder "alle schriftelijke middelen" dient men te verstaan alles wat op papier staat, maar ook e-mails, en zelfs SMS e.d., zie : Wetsvoorstel houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.*, Kamer, 2011-2012, nr. 53-2143/001, p. 66.

²⁴⁷ Wij noteren dat het BIPT de naleving van deze nieuwe beschikkingen gecontroleerd heeft in oktober 2012. De resultaten van dit onderzoek worden weergegeven in de mededeling van 23 november 2012, die geraadpleegd kan worden op de website van het BIPT op het volgend adres: http://www.ibpt.be/nl/656/ShowDoc/3883/Mededelingen/Mededeling_van_de_Raad_van_het_BIPT_van_23_novembe.aspx. Wij noteren eveneens dat het BIPT over de mogelijkheid beschikt om sancties uit te vaardigen tegen aanbieders die de wetgeving, de regelgeving of de beslissingen van het Instituut zouden overtreden, overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, B.S., 24/01/03. Wij merken bovendien op dat het BIPT reeds gebruik gemaakt heeft van deze sanctioneringsbevoegdheid, meer bepaald met betrekking tot de toepassing van artikel 108 § 2 door de actoren van de elektronische communicatiemarkt, door een boete op te leggen aan Telenet (besluit van de Raad van het BIPT van 29 november 2011) en aan Belgacom (besluit van de Raad van het BIPT van 28 juni 2010).

²⁴⁸ Zie bijvoorbeeld : Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl. St.*, Kamer, 2011-2012, nr. 53-2143/001, p. 59.

²⁴⁹ Besluit van de Raad van het BIPT van 1 maart 2011, met betrekking tot het beoordelen van ISPA-gedragscode betreffende toegang tot e-mail en webruimte overeenkomstig de artikelen 121/1 en 121/2 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Ten slotte wordt ook de automatische contractverlenging geïnviseerd in het kader van de wijziging van de WEC in 2012. Er werd een paragraaf 1/1 in het artikel 108 ingevoegd:

*« § 1/1. Onverminderd artikel 111/3, kan het vervangen door dezelfde operator van een contract van bepaalde duur of van onbepaalde duur afgesloten met een consument of een abonnee die over niet meer dan vijf nummers beschikt, met uitzondering van de nummers voor de M2M-diensten, door een nieuw contract gesloten voor een bepaalde duur slechts op voorwaarde dat de operator :
1° voorafgaandelijk de betrokken consument of abonnee schriftelijk ervan op de hoogte heeft gebracht dat :*

- door de vervanging niet te aanvaarden, zijn lopende contract van bepaalde duur in toepassing van artikel 82 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming op de vervaldatum omgezet wordt in een contract van onbepaalde duur onder dezelfde voorwaarden en dat te allen tijde kosteloos opzegbaar is mits inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn die ten hoogste twee maanden mag bedragen en

- door de vervanging te aanvaarden, zijn lopende contract vervangen zal worden door een nieuw contract van bepaalde duur, dat vóór de vervaldatum slechts opzegbaar is mits het betalen van een verbrekingsvergoeding, waarvan het bedrag eveneens aan de betrokken consument of abonnee wordt meegedeeld, en

2° daartoe de uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de betrokken consument of abonnee heeft bekomen »²⁵⁰.

Dit artikel gebruikt het begrip “vervanging”. Onder vervanging dient begrepen te worden : *« De praktijk waarbij operatoren abonnees benaderen om hun contract van bepaalde duur niet (stilzwijgend) te (laten) verlengen maar om dit contract te laten vervangen door een ander contract van bepaalde duur. Deze marketingpraktijk gaat meestal gepaard met (tijdelijke) voordelen en promoties »²⁵¹.* Maar het commentaar op de artikelen van de wet van 10 juli 2012 preciseert: *« Essentieel is evenwel dat een contract van bepaalde duur dat (stilzwijgend) verlengd wordt, krachtens artikel 82, § 2 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming een contract van onbepaalde duur wordt, dat kosteloos opzegbaar is mits het in acht nemen van een opzegtermijn van maximum twee maanden »²⁵².* Concreet gezien doelt vervanging eveneens op de automatische verlenging van een contract van bepaalde duur; toch kan deze beschikking geen afbreuk doen aan artikel 82 van de wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming²⁵³ die de mogelijkheid voorziet voor een consument om

²⁵⁰ Artikel 108, § 1/1 WEC. Zie ook artikel 6 § 1/1 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

²⁵¹ Wetsvoorstel houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, Parl. St., Kamer, 2011-2012, nr. 53-2143/001, p. 59.

²⁵² Ibidem, p.59.

²⁵³ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, M.B., 12 mei 2010.

zijn verlengd dienstencontract te beëindigen na afloop van een vooropzegtermijn waarvan de duur contractueel is vastgelegd maar die de 2 maand niet mag overschrijden. Bovendien kan een vervanging slechts geldig zijn vanaf het moment waarop de operator zijn klant heeft ingelicht over de gevolgen van zijn keuze (bij het al dan niet aanvaarden van de vervanging) en na het uitdrukkelijk en geschreven akkoord ontvangen te hebben van de betrokken consument of abonnee: « *Dit betekent in concreto bijvoorbeeld dat een louter telefonisch gesprek met een dergelijke abonnee, waarin toegestemd zou worden met een vervanging, niet volstaat om het bestaande contract te vervangen door een nieuw contract van bepaalde duur: zolang die abonnee niet uitdrukkelijk en schriftelijk, dit wil zeggen op papier of via elektronische weg (klikbaar elektronisch bericht, zoals bvb. e-mail, het aanvinken van een daartoe voorzien vakje op een website, een sms naar een nummer dat door de operator is ingesteld voor het ontvangen van opzeggingen) zijn instemming heeft gegeven om zijn contract te vervangen door een ander contract, blijft het oorspronkelijke contract bestaan en zal dit desgevallend verlengd worden en omgezet in een contract van onbepaalde duur* ».

D. De kwaliteit van de dienst

Wat de kwaliteit van de dienstverlening betreft, werd artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn omgezet in het artikel 113, § 4 :

« *Teneinde een achteruitgang van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, kan het Instituut minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten opleggen aan de aanbieders van openbare elektronische-communicatienetwerken* »²⁵⁴.

Aangezien het hier gaat om een getrouwe omzetting van de Universeledienstrichtlijn, verwijzen wij de lezer naar de analyse van de dienstverlening op het niveau van het Europees regelgevend kader voor een gedetailleerde analyse van deze maatregel.

2. De lege ferenda²⁵⁵

Aanvankelijk werd de datum van 25 mei 2011 vooropgesteld als uiterste datum voor de omzetting van het nieuw Europees regelgevend kader van 2009. Om deze kalender te respecteren is de Belgische wetgever begonnen met het omzetten van de bepalingen inzake netneutraliteit in een specifiek wetsvoorstel²⁵⁶, evenals in een

²⁵⁴ Artikel 113, §4 WEC. Zie ook artikel 7/1 §3 van de wet van 15 mei 2007 betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie en omroepdistributiediensten.

²⁵⁵ Huidig verslag houdt rekening met de wetsvoorstellen en grondwetsherzieningsvoorstellen in de staat waarin deze bekend waren op 1 mei 2013.

²⁵⁶ Wetsvoorstel (Déom c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/001; Wetsvoorstel (Van den Bergh c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, wat betreft de netneutraliteit, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1536/001 ; Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002 ; Amendement (Dedecker c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr.

voorstel tot grondwetsherziening²⁵⁷, meer bepaald ter aanvulling van het artikel 23 ervan²⁵⁸.

In haar eerste versie voorzag wetsvoorstel 1467 een definitie van netneutraliteit alsook een algemeen principe waarin de naleving van de netneutraliteit wordt opgelegd « *bij elke actie of beslissing die een weerslag heeft op de organisatie, de terbeschikkingstelling of het gebruik van een openbaar netwerk voor elektronische communicatie* »²⁵⁹.

In een tweede versie werd dit wetsvoorstel 1467 samengevoegd met het wetsvoorstel 1536/001, en gaf aldus aanleiding tot het wetsvoorstel 1467/002. Dit voorstel legt een algemeen verbod op aan de ISP's om internetdiensten of – toepassingen te verstoren of te vertragen²⁶⁰. Dit algemeen verbod werd evenwel aangevuld met een lijst van toegestane maatregelen voor zover deze noodzakelijk blijken :

« 1° om de gevolgen van congestie te beperken, waarbij gelijke soorten verkeer gelijk worden behandeld onafhankelijk van protocol of andere modaliteiten van de gebruikte transmissie en voor zover deze discriminatie effectief noodzakelijk is voor een goede gebruikservaring van alle eindgebruikers;

2° ten behoeve van de integriteit en de veiligheid van het netwerk en de dienst van de betrokken aanbieder of het randapparaat van de eindgebruiker;

3° om de doorgifte van ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 114 aan een eindgebruiker te beperken, mits de eindgebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend;

4° ter uitvoering van een wettelijke bepaling of rechterlijk bevel. De belemmering of vertraging gebeurt enkel indien er geen impact is op andere diensten of toepassingen dan op de beoogde diensten of toepassingen;

5° ten behoeve van de personen bedoeld in artikel 115».

53K1467/003 ; Advies van de Raad van het BIPT van 5 oktober 2011 betreffende de wijzigingen van 7 en 12 juli 2011 aan het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te garanderen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/004.

²⁵⁷ Voorstel tot herziening van de Grondwet (Déom c.s.) herziening van artikel 23, teneinde er het beginsel van de neutraliteit van de internetnetwerken in op te nemen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1471/001.

²⁵⁸ Voor meer details in verband met de historiek van de wetsvoorstellen, zie het punt dat gewijd is aan de definitie van netneutraliteit in België in huidige verslag.

²⁵⁹ Art. 3 van het wetsvoorstel (Déom c.s.) tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/001.

²⁶⁰ Art. 2 van het amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002.

De voorstellers beoogden een restrictieve aanpak van het netneutraliteitsbeginsel : alleen de bij wet voorziene maatregelen zijn toegelaten. Als ISP's een verkeer belemmeren of vertragen dat niet voorkomt in deze exhaustieve lijst van toegestane maatregelen, overtreden ze *de facto* dit algemeen verbodsprincipe.

Sedert de goedkeuring van de wet van 10 juli 2012²⁶¹ die het nieuwe Europese regelgevend kader omzet, zijn de meeste artikelen van de wet 1467 overbodig geworden, omdat ze voorzagen in de - gedeeltelijke - omzetting van de nieuwe Europese beschikkingen. Dit wetsvoorstel zal later heel waarschijnlijk geamendeerd worden om rekening te houden met de nieuwe veranderingen die zich voorgedaan hebben sedert de indiening ervan.

²⁶¹ Wet van 10 juli 2012 houdende diverse beschikkingen inzake elektronische communicatie, *B.S.*, 25 juli 2012, *err.* 20 septembrer 2012.

B. De netneutraliteit en de reglementering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht

I. Doelstellingen en principes

Onder de drie grote doelstellingen van het Europees regelgevend kader van elektronische-communicatienetwerken en –diensten die opgesomd worden in het artikel 8 van de Kaderrichtlijn, is het vooral de doelstelling met betrekking tot de bescherming van de Europese burgers en van de eindgebruikers die verband houdt met de netneutraliteit²⁶² (zie *supra*, deel A). Netneutraliteit heeft evenwel ook te maken met de doelstelling ter bevordering van de mededinging. Aldus stipuleert artikel 8, § 2, b) van de Kaderrichtlijn dat « *de nationale regelgevende instanties ervoor zorgen dat er in de sector elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de mededinging is, met inbegrip van de doorgifte van inhoud* ». Het is dit laatste, in 2009 toegevoegde, zinsdeel dat verwijst naar de netneutraliteit²⁶³. De Belgische wetgeving heeft artikel 8, § 2, b) van de Kaderrichtlijn omgezet in artikel 6, 2° WEC. Als het zinsdeel « *met inbegrip van de doorgifte van inhoud* » niet in dit zinsdeel is toegevoegd, is dit echter niet te wijten aan het feit dat de Belgische wetgever de bedoeling zou gehad hebben om de kwestie netneutraliteit te weren uit het veld van de sectorale bepalingen ter bevordering van de mededinging, maar veeleer aan het Belgisch institutioneel kader. De reglementering van de inhoud van de radio-omroepen²⁶⁴ (net zoals de reglementering van de technische aspecten van de radio-omroepen trouwens) behoren tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen (en dus van hun regulatoren in dit domein : Conseil Supérieur de l'Audiovisuel - CSA, Vlaamse Regulator voor de Media – VRM et Medienrat). Het is dus om een overlapping van de bevoegdheden te vermijden, dat de Belgische wetgever het laatste zinsdeel van artikel 8, § 2, b) weggelaten heeft.

De doelstelling om de mededinging op de markt van de elektronische communicatienetwerken en –diensten te bevorderen wordt bewerkstelligd door middel van de procedure voor « onderneming met aanmerkelijke marktmacht ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht »²⁶⁵, met name de ondernemingen

²⁶² Zie art. 8, § 4, g) van de Kaderrichtlijn en de mededeling netneutraliteit van de Europese Commissie.

²⁶³ Betereregelgevingrichtlijn, overweg. 23. Zie ook R. Queck, A. de Streel, L. Hou, J. Jost, E. Kosta, "The EU Regulatory Framework Applicable to Electronic Communications", in L. Garzaniti, M. O'Regan (eds.), *Garzaniti - Telecommunications, Broadcasting and the Internet – EU Competition Law & Regulation*, derde uitgave, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, p. 40 en 44.

²⁶⁴ Wij merken op dat de inhoud van de elektronische handel het voorwerp uitmaken van de federale wetgeving. Zie bijvoorbeeld de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *B.S.*, 17 maart 2003 (WDIM).

²⁶⁵ Wat het toepasselijk regime voor marktmachtige ondernemingen betreft, zie voor het Europees regelgevend kader: J. Scherer, „Electronic Communication Law and Policy of the European Union”, in J. Scherer (ed.), *Telecommunication Laws in Europe – Law and Regulation of Electronic Communications in Europe*, 6th edition, West Sussex, Bloomsbury, 2013, p. 41-52 en voor de Belgische wetgeving: A. Guterman, D. Fesler, E. Dehareng, „The Belgian Market for Electronic Communications”, in J. Scherer (ed.), *Telecommunication Laws in Europe – Law and Regulation of Electronic Communications in Europe*, 6e uitgave, West Sussex, Bloomsbury, 2013, p. 243, 253 – 255, 259 – 260.

die concurrentieel gezien een sterke machtspositie bezitten, hetzij individueel, hetzij gezamenlijk met andere, op een relevante markt op vlak van product en geografische ligging²⁶⁶. Om na te gaan of de bepalingen betreffende de Kaderrichtlijn, de Toegangsrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn evenals de regels van de WEC dienaangaande toepasselijk zijn op de netneutraliteit, dient men deze procedure dus van naderbij te bekijken.

II. Een driestappenprocedure

Om te komen tot het opleggen van verplichtingen die bestemd zijn om een effectieve mededinging te weeg te brengen en te handhaven, en dit bijvoorbeeld door de netneutraliteit tussen ISP's te handhaven ten gunste van de eindgebruikers, die aldus niet te maken zullen krijgen met een blokkering van hun internettoegang of VoIP-communicatie, dient de NRI, d.w.z. het BIPT, een driestappenprocedure te volgen: eerst dient hij de relevante geografische markten te inventariseren en te definiëren²⁶⁷ (meer bepaald op basis van de aanbeveling « relevante markten 2007 »); daarna dient hij deze markten te analyseren om na te gaan of er op die markten een effectieve mededinging heerst (dit wil zeggen als er geen onderneming met aanmerkelijke marktmacht aanwezig is) of niet (dit wil zeggen als er een onderneming met aanmerkelijke marktmacht aanwezig)²⁶⁸; en ten slotte legt hij één of meerdere verplichtingen op aan de onderneming die aangeduid wordt als een onderneming met een aanmerkelijke marktmacht op de relevante groothandelsmarkt (dit wil zeggen met betrekking tot de relatie tussen de ISP's) of kleinhandelsmarkt (dit wil zeggen met betrekking tot de relatie tussen aanbieders en eindgebruikers)²⁶⁹.

III. Procedure met betrekking tot onderneming met aanmerkelijke marktmacht en de netneutraliteit

A. Verplichtingen

²⁶⁶ Kaderrichtlijn, art. 14. Zie ook art. 55, § 3 WEC.

²⁶⁷ Art. 15 Kaderrichtlijn en aanbeveling 2007/879/EG van de Commissie van 17 december 2007 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, *PbEU*, L 344/68, 28 december 2007 (aanbeveling "relevante markten 2007"). Art. 54 WEC.

²⁶⁸ Art. 16 Kaderrichtlijn en Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG*, C 165/6, 11.07.2002 (richtsnoeren « marktanalyse »). Art. 55 – 56 WEC.

²⁶⁹ Toegangsrichtlijn, art. 8 – 13 *ter* (verplichtingen op de groothandelsmarkten); Universeledienstrichtlijn, art. 17 (verplichtingen op de detailhandelsmarkten) alsook de European Regulators Group, Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework – Final Version May 2006, ERG (06) 33, 18 mei 2006. Wat de WEC betreft, zie art. 57 – 62, 65/1 en 65/2 (verplichtingen opgelegd aan marktmachtige ondernemingen op de groothandelsmarkten) evenals 64 (verplichtingen opgelegd aan marktmachtige ondernemingen op de detailhandelsmarkten). Zie ook de site van BIPT: www.bipt.be – Telecom – Marktanalyses.

Wat de verplichtingen betreft die door een nationale regelgevende autoriteit en dus door het BIPT kunnen worden opgelegd aan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht en die relevant zouden kunnen blijken op vlak van netneutraliteit, dient rekening gehouden worden met de verplichting van « niet-discriminatie »²⁷⁰ en de «toegangsverplichting»²⁷¹. Deze verplichtingen zouden toelaten discriminatoire praktijken (zoals het niet toekennen van dezelfde kwaliteit van dienstverlening aan concurrenten als degene die men aan zichzelf toekent), en praktijken van blokkering door marktmachtige ISP's²⁷², te vermijden.

B. Relevante markten

Aangezien de Europese en Belgische regelgevende kaders dus aangepaste oplossingen voorzien in geval van discriminatie of blokkering door een machtige ISP, dient het probleem elders gezocht te worden. Alvorens te bepalen of een onderneming te beschouwen valt als een onderneming met aanmerkelijke marktmacht en alvorens aan deze onderneming verplichtingen op te leggen op vlak van mededinging, moet eerst een relevante markt bepaald worden waarop deze aanmerkelijke macht geïdentificeerd zal worden ; het basisdocument in dit domein, de huidige aanbeveling « relevante markten 2007 » voorziet echter geen specifieke markt die toepasselijk is op de netneutraliteit²⁷³, en die, op het niveau van de groothandelsmarkten, beschouwd zou kunnen worden als een soort «toegangsmarkt voor aanbieders van internettoegang». Anderzijds kunnen de NRI andere markten van producten definiëren dan deze die door de Europese Commissie voorzien worden in de aanbeveling « relevante markten 2007 » (die op dit ogenblik trouwens geherevalueerd wordt), maar in dat geval stellen ze zich bloot aan een eventueel « veto » van de Commissie²⁷⁴. We kunnen bevestigen dat dit in principe (nog) niet gebeurd is door de BIPT (zie hieronder).

²⁷⁰ Toegangsrichtlijn, art. 10. Art. 58 WEC.

²⁷¹ Toegangsrichtlijn, art. 12 ; WEC art. 61.

²⁷² P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, p. 20, beschikbaar op: <http://ssrn.com/abstract=1909811>. Zie ook P. Larouche en M. Cave, Network Neutrality and the Open Internet – A European academic perspective, Brussels, Centre on Regulation in Europe (CERRE), 2010, p. 27.

²⁷³ In deze context herinneren wij aan artikel 5 van de toegangsrichtlijn (overeenkomend met art. 51 WEC) (zie *supra*), krachtens dewelke de NRI's een interconnectie kunnen opleggen aan de operatoren die de toegang tot de eindgebruikers controleren, om de eind-tot-eind-connectie van de netwerken en de interoperabiliteit van de diensten te waarborgen. Zie BEREC, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 6. Het verslag vestigt eveneens de aandacht op het feit dat artikel 5 van de toegangsrichtlijn het enige instrument is waarover de NRI's thans krachtens het Europees regelgevend kader beschikken om de internetconnectiviteit op te leggen. Het is inderdaad zo dat de aanbeveling « relevante markten 2007 », in het kader van de procedure met betrekking tot de aanmerkelijke marktmacht, op dit ogenblik geen groothandelsmarkt van de internetconnectiviteit vermeldt (zie European Commission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition), SEC(2007) 1483, 13 november, 2007 p. 37; zie ook BEREC, BoR (12) 130, p. 5 tot 6-

²⁷⁴ Kaderrichtlijn, art. 7 ; WEC, art. 143.

In verband met deze problematiek, zet P. Larouche het volgende uiteen:

"Nochtans geldt als voorafgaandelijke voorwaarde voor het toepassen van het AMM-regime [«aanmerkelijke marktmacht» - door ons toegevoegd], dat een relevante markt gedefinieerd en gekozen dient te zijn, hetzij door de Commissie in haar aanbeveling over relevante markten, hetzij door een nationale regelgevende Instantie (NRI), op diens eigen initiatief. ... In gevallen waar discriminatie of blokkering een zorgpunt betekenen, zou de marktmacht van de ISP's, vanuit het standpunt van de aanbieders van inhoud gezien, voortvloeien uit hun positie als gateway naar hun eindgebruikers. De marktanalyse zou in ruime mate de marktanalyse van de aflevering van gesprekken op vaste of mobiele netwerken volgen. Er werd echter geen markt voor de aflevering van gegevensverkeer via breedbandverbinding (aanbieden van inhoud) van de Internet-backbone naar de eindgebruikers toe geïncorporaard, laat staan in de aanbeveling opgenomen. ... Het zou kunnen dat deze markt niet voldoet aan de test van de drie criteria [voorzien in punt 2 van de aanbeveling «relevante markten 2007» - door ons toegevoegd]. Wellicht zal niet voldaan zijn aan het tweede criterium (geen perspectief van effectieve mededinging). Op basis van onze analyse van de mededinging, is het niet nodig om op dit moment een markt toe te voegen aan de Aanbeveling. Mochten er zich echter significatieve problemen voordoen, dan blijft dit een mogelijke optie.

Ook voor het uitbuitingsmisbruik ten aanzien van de eindgebruikers, werd geen enkele relevante markt voor analyse geselecteerd krachtens de bepalingen van de Universeledienstrichtlijn. Dit weerspiegelt de algemeen verspreide opinie dat het aanbieden van diensten van internettoegang door ISP's aan eindgebruikers hetzij reeds competitief is, hetzij competitief geworden is dank zij oplossingen op de groothandelsmarkt zoals de ontbundelde toegang tot het aansluitnet en de bitstream-toegang"²⁷⁵.

Wij voegen hieraan toe dat P. Larouche stelt, in verband met de “markt voor de aflevering van gegevensverkeer via breedbandverbinding (aanbieden van inhoud)

²⁷⁵ P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, *cit. supra*, p. 20-21 en P. Larouche en M. Cave, Network Neutrality and the Open Internet, *cit. supra*, p. 27-28. Door ons vertaalde tekst: “However, as a pre-condition to the application of the SMP regime, a relevant market must have been defined and selected, either by the Commission in its Recommendation on relevant markets or by a National Regulatory Authority (NRA) of its own motion. ... In cases where discrimination or blocking could be a concern, the market power of ISPs would come from their position as the gateway to their end-users, when seen from the perspective of content providers. The market analysis would roughly follow that of call termination on fixed or mobile networks. However, no such ‘market for the termination of broadband data traffic (delivery of content) from the Internet backbone to the end-user’ has been identified, much less included in the Recommendation. ... That market might not meet the three criteria test. More specifically, the second criteria (no prospect of effective competition) might not be met. In line with our competitive analysis, there is no need to add a market to the Recommendation now, but should significant problems arise, that option is available. Similarly, as for exploitative abuses towards end-users, no relevant market has been selected for analysis under the provisions of the Universal Service Directive. This reflects the widespread view that the provision of Internet access services by ISPs to end-users is either already competitive or made competitive through wholesale remedies such as local loop unbundling and bitstream access.” Zie ook P. Larouche, “Five Neglected Issues about Network Neutrality”, in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, nog te verschijnen, p. 86-87.

van de Internet-backbone naar de eindgebruikers toe", dat er in de eerste aanbeveling van relevante markten, die dateert van 2003²⁷⁶, een markt opgenomen was van radio-omroepdiensten, bestemd om inhoud via radio-omroepen aan eindgebruikers aan te bieden (markt 18), en die de transmissie van inhoud via elektronische-communicatiemiddelen dekte (evenwel met toepassing van een radio-omroep-model)²⁷⁷.

In deze context merkt Pierre Larouche²⁷⁸ eveneens op dat, indien een dergelijke "markt voor de aflevering van gegevensverkeer via breedbandverbinding (aanbieden van inhoud) van de Internet-backbone naar de eindgebruikers toe", geïnventariseerd en gedefinieerd zou worden, de verplichtingen die op deze markt aan de ISP's zouden opgelegd worden, in feite voordelig zouden zijn voor de aanbieders van inhoud. Deze laatste zijn evenwel niet gedekt door het regelgevend kader van de elektronische communicatie, die zich toespitst op de reglementering van de transmissie. Volgens Pierre Larouche zou het een gemiste kans zijn om in het bijzonder de definitie van het begrip « toegang »²⁷⁹ restrictief te interpreteren, aangezien het AMM-regime in dergelijke gevallen niet zou kunnen worden toegepast. Wij menen dat deze opmerking een basiskwestie van de reglementering van de netneutraliteit aan de orde stelt. Deze problematiek betreft inderdaad zowel transmissiekwesties als inhoudskwesties (niet alleen audiovisuele inhoud trouwens) en vormt dus een voorbeeld van de verbanden die er bestaan tussen de reglementering van de transmissie en de reglementering van de inhoud die in aanmerking genomen moeten worden overeenkomstig overweging 5 van de Kaderrichtlijn. Vertaald naar de Belgische context, pleit deze vaststelling voor een ruime aanpak waarbij alle betrokkenen (de gewestelijke én de federale instanties die bevoegd zijn op vlak van telecommunicatie en de federale instanties die bevoegd zijn voor de inhoud van elektronische handel) rond dezelfde gesprekstafel gebracht moeten worden (zie ook *infra*, hoofdstuk 4, deel 3).

²⁷⁶ Aanbeveling 2003/311/EG van de Commissie van 11 februari 2003 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronischecommunicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, *PbEG*, L 114/45, 08 mei 2003.

²⁷⁷ P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, *cit. supra*, opmerking 74 en P. Larouche en M. Cave, Network Neutrality and the Open Internet, *cit. supra*, opmerking 42.

²⁷⁸ P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", *cit. supra*, p. 86-87.

²⁷⁹ Noteren we in die context echter dat de nederlandstalige versie van het artikel 2, a) van de Toegangsrichtlijn die het concept toegang definieert, meer rechten lijkt toe te staan ten gunste van de leveranciers van inhoud, dan de frans- engels- of duitstalige versies van hetzelfde artikel. De nederlandstalige versie voorziet immers dat de toegang is « *het beschikbaar stellen van faciliteiten en/of diensten aan een andere onderneming, [...], met het oog op het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten of het aanbieden van diensten voor de informatiemaatschappij of inzake inhoud voor radio- en televisieomroepen* ». De franstalige versie is restrictiever. Volgens haar wordt « toegang » gedefinieerd als « *la mise à la disposition d'une autre entreprise, [...], de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques, y compris lorsqu'ils servent à la fourniture de services de la société de l'information ou de contenu radiodiffusé* ».

2. Netneutraliteit en reglementering van de elektronische handel

In verband met de juridische analyse van bepaalde aspecten van de netneutraliteit, kan men ook verwijzen naar de recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de aansprakelijkheid van de dienstverleners die als tussenpersonen optreden (meer bepaald de ISP's – internet service providers) met betrekking tot onwettige inhoud. Deze rechtspraak kan nuttig zijn in die zin dat ze de criteria definieert die in aanmerking dienen genomen te worden om bevelen tot filtering, die aan de intermediaire dienstverleners opgelegd worden in geval van onwettige inhoud, toe te laten of te verbieden.

In het *Scarlet*²⁸⁰-arrest van 24 november 2011, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het rechterlijk bevel dat aan een ISP gegeven werd om een filtersysteem toe te passen het risico inhield om « ook de vrijheid van informatie te beperken, aangezien het filtersysteem mogelijk onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud »²⁸¹. Het Hof heeft zich in dezelfde zin uitgesproken in het *Netlog*²⁸²-arrest van 16 februari 2012 (dit arrest betrof een hostingdienstverlener). De redenering die door het Hof van Justitie gevolgd wordt beoogt dus gelijkaardige doelstellingen als deze die aan de basis liggen van het netneutraliteitsbeginsel, aangezien men onder andere wil vermijden dat de vrijheid van de internetgebruikers om informatie te ontvangen of mee te delen, beperkt of teniet gedaan zou worden door toegepaste maatregelen (in het kader van netneutraliteit beoogt men vooral de maatregelen van verkeersbeheer).

Na een kort overzicht van de antecedenten en de context waarin bovengenoemde arresten uitgesproken werden, zullen we het verband (en de wederzijdse impact) tussen deze rechtspraak en het beginsel van de netneutraliteit beter kunnen begrijpen.

A. Antecedenten en context van de rechtspraak van het Hof van Justitie

Beide arresten werden uitgesproken in het kader van de bestrijding van het illegaal downloaden van bestanden die auteursrechtelijk beschermd zijn (maar *a priori* is er niets dat belet om hetgeen hieruit afgeleid kan worden toe te passen op andere hypothesen). Duidelijkheidshalve, zullen de hiernavolgende uiteenzettingen enkel

²⁸⁰ H.v.J., 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet t. Sabam*.

²⁸¹ *Scarlet*-arrest, punt 52 ; H.v.J., 16 februari 2012, zaak C-360/10, *Sabam t. Netlog*, punt 50.

²⁸² H.v.J., 16 februari 2012, zaak C-360/10, *Sabam t. Netlog*.

gewijd worden aan de zaak *Scarlet*, aangezien hetgeen kan afgeleid worden uit het *Netlog*-arrest, gelijkaardig is²⁸³.

In de zaak *Scarlet* staat SABAM (Belgische vereniging van auteurs, componisten en uitgevers) tegenover een ISP (in dit geval, *Scarlet*) : internetgebruikers gebruiken immers de diensten van deze laatste om auteursrechtelijk beschermde inhoud te downloaden via *peer-to-peer*-netwerken. In de mening het best geplaatst te zijn om tussen te komen, beslist SABAM om op te treden tegen *Scarlet*, opdat hen zou bevolen worden de nodige maatregelen te nemen ter bestrijding van deze schendingen van het auteursrecht²⁸⁴.

Dit arrest van het Hof van Justitie werd uitgesproken in het kader van een gerechtelijke procedure die werd ingeleid in 2004²⁸⁵, en die aanleiding gegeven heeft tot verschillende beslissingen van de Belgische rechtbanken²⁸⁶. In zijn vonnis van 29 juni 2007, heeft de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg van Brussel *Scarlet* veroordeeld « *de in het vonnis van 26 november 2004 geconstateerde inbreuken op het auteursrecht te beëindigen door het onmogelijk te maken dat haar klanten via „peer-to-peer“-programma's elektronische bestanden ontvangen of verzenden die muziekwerken uit het repertoire van SABAM bevatten* », op straffe van betaling van een dwangsom²⁸⁷. Volgens dit vonnis was *Scarlet* dus verplicht een filtersysteem toe te passen.

Er wordt beroep aangetekend tegen deze beslissing en de verwijzende rechtbank – het Hof van Beroep van Brussel²⁸⁸ – stelt een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie om "*in wezen te vernemen of de richtlijnen 2000/31*²⁸⁹, *2001/29*²⁹⁰,

²⁸³ Wat deze arresten betreft en meer globaal de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de aansprakelijkheid van de dienstverleners die als tussenpersonen optreden, zie D. Gobert et J. Jouret, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 33 en volg. ; D. Melison, « 'Arrêt *Scarlet*' : le filtrage préventif par les fournisseurs d'accès à internet écarté au nom de l'équilibre entre droit d'auteur et libertés fondamentales », *J.D.E.*, 2012, p. 43 en volg. ; E. Werkers et G. Somers, « Commentaar bij het arrest van het Europese Hof van Justitie van 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*) [Verhoudingen tussen auteursrechthebbenden en dienstverlenende tussenpersonen op internet (ISPs) en digitale piraterij] », *Computerr.*, 2012, p. 80-82 ; T. Léonard, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, nr. 11 ; E. Montero et H. Jacquemin, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012/48-49, p. 25-27.

²⁸⁴ SABAM steunde zich hierbij op art. 87, § 1^{er} van de wet van 30 juni 2004 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *B.S.*, 27 juli 1994.

²⁸⁵ Prés. Civ. Bruxelles, 26 november 2004, *A.M.*, 2005, p. 49, noot L. Van Bunnem, *J.T.*, 2005, p. 165, noot I. SCHMITZ, *R.D.T.I.*, 2005, p. 89, noot E. Montero et Y. Cool.

²⁸⁶ In het kader van deze studie is het moeilijk om deze rechtspraak in detail te bespreken.

²⁸⁷ Prés. Civ. Bruxelles, 29 juni 2007, *A.M.*, 2007, p. 476, noot, *R.D.T.I.*, 2008, p. 87, noot F. Coppens, *R.D.C.*, 2007, p. 701. Door ons vertaalde tekst : « *à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004 en rendant impossible tout forme, au moyen d'un logiciel peer to peer, d'envoi ou de réception par ses clients de fichiers électroniques reprenant une œuvre musicale du répertoire de la SABAM* ».

²⁸⁸ Brussel, 28 januari 2010, *A.M.*, 2010, p. 176.

2004/48²⁹¹, 95/46²⁹² en 2002/58²⁹³, samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten, aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een internetprovider door de rechter wordt gelast een filtersysteem in te voeren

- voor alle elektronische communicatie via zijn diensten, met name door het gebruik van „peer-to-peer“-programma's;
- dat zonder onderscheid op al zijn klanten wordt toegepast;
- dat preventief werkt;
- dat uitsluitend door hem wordt bekostigd, en
- dat geen beperking in de tijd kent,

dat in staat is om op het netwerk van deze provider het verkeer van elektronische bestanden die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarop de verzoeker intellectuele-eigendomsrechten zou hebben, te identificeren, om de overbrenging van bestanden waarvan de uitwisseling het auteursrecht schendt, te blokkeren²⁹⁴.

Het Hof heeft beslist dat een dergelijk bevel, *in bovengenoemde omstandigheden*²⁹⁵, verboden was²⁹⁶.

Het Hof heeft meer bepaald rekening gehouden met de bepalingen van de richtlijn 2000/31/EG betreffende de elektronische handel, die de Lidstaten verbiedt om een algemene toezichtverplichting op te leggen aan de door de richtlijn bedoelde intermediaire dienstverleners (art. 15 van de richtlijn) (de activiteiten van *mere conduit*, *caching* en *hosting* zijn gedekt). Meer bepaald mag men hen geen algemene toezichtverplichting opleggen om te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die

²⁸⁹ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 8 juni 2000, betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”), *PB.*, L 178/1 van 17 juli 2000.

²⁹⁰ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 22 mei 2001, betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PB.*, L 167/10 van 22 juni 2001.

²⁹¹ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 29 april 2004, betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PB.*, L 157/45 van 30 april 2004.

²⁹² Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PB.*, L 281/31 van 23 november 1995.

²⁹³ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 12 juli 2002, betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *PB.*, L 201/37 van 31 juli 2002.

²⁹⁴ *Scarlet*-arrest, punt 29 ; *Netlog*-arrest, punt 26.

²⁹⁵ Het Hof van Justitie verbiedt dus niet eenvoudigweg elk filtersysteem.

²⁹⁶ *Scarlet*-arrest, punt 54 ; *Netlog*-arrest, punt 52.

op onwettige activiteiten duiden²⁹⁷. Deze afwezigheid van *algemene* toezichtverplichting belet echter niet dat een *specifieke* toezichtverplichting kan toegepast worden²⁹⁸. Het dient dan te gaan om een duidelijk afgelijnde verplichting: meer bepaald moeten de site of de dienst waarop toezicht gehouden dient te worden duidelijk geïdentificeerd zijn, evenals de periode tijdens de welke het toezicht uitgeoefend moet worden. Het is duidelijk dat het debat zich zal toespitsen op het soms delicate onderscheid tussen (toegestane) bijzondere toezichtverplichtingen²⁹⁹ en (verboden) algemene toezichtverplichtingen.

Om uit te maken of een bevel tot toepassing van filtermaatregelen aan een dienstverlener van de informatiemaatschappij in overeenstemming is met het Gemeenschapsrecht (dat verbiedt om een algemene toezichtsplicht op te leggen), moet er rekening gehouden worden met de eisen die voortvloeien uit de bescherming van de fundamentele rechten. Het gaat er inderdaad om om de bescherming van de intellectuele eigendom enerzijds af te wegen tegen de ondernemingsvrijheid, de bescherming van de persoonsgegevens, en de vrijheid om informatie te ontvangen en mee te delen anderzijds, om aldus te komen tot een rechtvaardig evenwicht tussen deze eisen. Het intellectuele eigendomsrecht dient dus niet gezien te worden als een absoluut recht.

In dit opzicht oordeelde het Hof meer bepaald – en het is dit punt dat onze bijzondere aandacht zal weerhouden in de context van de netneutraliteit : "*Bovendien beperken de effecten van dat rechterlijk bevel zich niet tot de betrokken internetprovider, aangezien het litigieuze filtersysteem ook een aantasting kan vormen van de grondrechten van de klanten van deze internetprovider, namelijk van hun recht op bescherming van persoonsgegevens en van hun vrijheid om informatie te ontvangen*

²⁹⁷ De afwezigheid van deze algemene toezichtverplichting werd omgezet in de Belgische wetgeving in artikel 21, § 1 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, B.S., 17 maart 2003 (hierna, WDIM). Het Hof van Justitie oordeelt dat « de toepassing van dat filtersysteem veronderstelt:

- dat de internetprovider in de eerste plaats uit de volledige elektronische communicatie van al zijn klanten de bestanden selecteert die behoren tot het „peer-to-peer“-verkeer;
- dat hij in de tweede plaats uit dit „peer-to-peer“-verkeer de bestanden selecteert die werken bevatten waarop houders van intellectuele-eigendomsrechten beweren rechten te hebben;
- dat hij in de derde plaats bepaalt welke van deze bestanden illegaal werden uitgewisseld, en
- dat hij in de vierde plaats door hem als illegaal gekwalificeerde uitwisselingen van bestanden blokkeert.

Een dergelijk preventief toezicht vereist dus een actieve observatie van alle elektronische communicatie op het netwerk van de betrokken internetprovider en omvat bijgevolg alle door te geven informatie en alle klanten die dat netwerk gebruiken.

Het aan de betrokken internetprovider opgelegde rechterlijk bevel om het litigieuze filtersysteem in te voeren, verplicht die internetprovider bijgevolg tot het actief toezicht houden op alle gegevens van al zijn klanten teneinde elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen. Dat bevel onderwerpt die internetprovider dan ook aan een door artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 verboden *algemene toezichtverplichting*» (Scarlet-arrest, punten 38-40 ; Netlog-arrest, punten 36-38).

²⁹⁸ Zie art. 21, § 1, al. 2 van de WDIM en de art. 12, § 3, 13, § 2 en 14, § 3 van de richtlijn betreffende elektronische handel (zie ook overweging nr. 47 van de richtlijn).

²⁹⁹ Voor het commentaar op een recente toepassing, zie E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 27 , met een ref. te Antwerpen, 26 september 2011, R.A.B.G., 2011/18, p. 1269, noot P. VAN EECHE en A. FIERENS.

of te verstrekken, welke rechten worden beschermd door de artikelen 8 en 11 van het Handvest.

Het staat namelijk vast dat het rechterlijk bevel tot invoering van het litigieuze filtersysteem een systematische analyse van alle inhoud veronderstelt en de verzameling en identificatie van de IP-adressen van de gebruikers die illegale inhoud via het netwerk versturen. Aangezien die IP-adressen de precieze identificatie van die gebruikers mogelijk maken, vormen zij beschermde persoonsgegevens.

*Bovendien kan dat rechterlijk bevel ook de vrijheid van informatie beperken, aangezien het filtersysteem mogelijk onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud. Er wordt immers niet betwist dat de beantwoording van de vraag of een verzending legaal is, ook afhangt van de toepassing van wettelijke uitzonderingen op het auteursrecht, die verschillen van lidstaat tot lidstaat. Bovendien kunnen sommige werken in bepaalde lidstaten tot het publieke domein behoren of kunnen ze door de betrokken auteurs gratis op het internet zijn geplaatst*³⁰⁰.

De blokkerings- of filtermaatregelen kunnen inderdaad *underinclusive* (te grote mazen van het net die niet toelaten de onwettige inhoud te identificeren en te verhinderen) blijken of integendeel *overinclusive* (zowel de wettige als onwettige inhoud verhinderend)³⁰¹.

B. Belang en perspectieven die door deze rechtspraak geopend worden in de context van de netneutraliteit

Sommige aspecten uit bovenvermelde rechtspraak van het Hof van Justitie (zaken *Scarlet* en *Netlog*) verdienen in de context van netneutraliteit bijzondere aandacht.

Er dient inderdaad vastgesteld te worden dat deze arresten gaan over de *potentieel onwettige* inhoud die internetgebruikers zouden kunnen overmaken of uitwisselen, hierbij gebruik makend van de diensten van een intermediaire dienstverlener. De netneutraliteit zoals deze gedefinieerd wordt door BEREK (*supra*, Intermediair verslag, punt 3.B.II.) impliceert evenwel dat de mededelingen op gelijke manier, en dus, *losstaand van de inhoud ervan*, behandeld worden. Bij een eerste benadering, en onder voorbehoud van hetgeen hieronder uiteengezet zal worden, zou men dus kunnen stellen dat de rechtspraak geen uitstaans heeft met de problematiek van netneutraliteit, die eerst en vooral betrekking heeft op de infrastructuur en op het netwerk (met andere woorden, op de transmissie).

³⁰⁰ *Scarlet*-arrest, punten 50-52 (door ons onderlijnd) ; *Netlog*-arrest, punten 48-50.

³⁰¹ Over de doeltreffendheid en de voor- en nadelen van het opleggen van een filtersysteem aan de SPI's, zie meer bepaald D. Gobert et J. Jouret, *op. cit.*, p. 46 en volgende ; F. Coppens, *op. cit.*, p. 96 en volg.

Deze analyse dient echter op verschillende manieren genuanceerd te worden.

We dienen er inderdaad aan te herinneren dat de neutraliteit op het vlak van de inhoud, geen belemmering vormt voor de toepassing van maatregelen van verkeersbeheer, bestaande uit filtermaatregelen. Er dient inderdaad uitgegaan te worden van de veronderstelling dat het beginsel van netneutraliteit slechts geldig is voor wettige inhoud en dat het dus niet verboden is voor de bevoegde autoriteiten om de nodige maatregelen te nemen ter bestrijding van onwettige inhoud of, in het algemeen, van computercriminaliteit³⁰².

Aldus stelt men vast dat de kwesties “transmissie” en “inhoud” nauw met elkaar verbonden zijn.

Het beginsel van netneutraliteit is dus in feite een aanvulling op de regels die de intermediaire dienstverleners zoals bedoeld in de richtlijn over de elektronische handel (en in de Belgische wet ter omzetting daarvan) vrijstellen van aansprakelijkheid, net als de afwezigheid van de algemene toezichtverplichting ter hunner laste. Anders gezegd, het principe netneutraliteit verhindert absoluut niet dat onwettige inhoud bestreden worden, en dat er in dit kader maatregelen genomen worden om aan de dienstverlener een bijzondere toezichtverplichting op te leggen. Wel integendeel, de omkadering van de maatregelen van verkeersbeheer zal deze strijd tegen onwettige inhoud juist ondersteunen.

Er dient niettemin rekening mee gehouden worden dat de bestrijding van onwettige inhoud niet kan gebeuren met miskennis van de rechten en vrijheden van de internetgebruikers. Er moet een evenwicht gevonden worden in het kader van de netneutraliteit, zoals dat ook had moeten gebeuren in de hypothesen die aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegd werden in de zaken *Scarlet* en *Netlog*.

Zoals de Europese Commissie stelde, heeft de algemene doelstelling van de netneutraliteit betrekking op de vraag « *hoe het open karakter van dit platform het best gevrijwaard kan worden en hoe het internet in staat kan blijven diensten van hoge kwaliteit aan iedereen te leveren en open kan blijven staan voor innovatie, terwijl ook het genot van en het respect voor grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap worden gestimuleerd* »³⁰³.

Zo onderlijnt ook de EPDS, in zijn advies van 2011 dat « *Het filteren, blokkeren en controleren van netwerkverkeer roept belangrijke, vaak genegeerde of terzijde geschoven vragen op ten aanzien van de vertrouwelijkheid van de communicatie en de eerbiediging van de privacy en persoonsgegevens van internetgebruikers. Bij bepaalde controletechnieken wordt bijvoorbeeld toezicht gehouden op de inhoud van communicatie, bezochte websites, verzonden en ontvangen e-mails, de tijden waarop dit alles plaatsvindt, enzovoort, waardoor filteren van de communicatie mogelijk is. [...] Met de controle van communicatiegegevens kunnen ISP's inbreuk maken op de vertrouwelijkheid van de communicatie, een grondrecht dat wordt*

³⁰² Zie in deze zin de Mededeling van de Commissie, « Netneutraliteit », p. 3

³⁰³ Mededeling « Netneutraliteit », p. 3.

gewaarborgd door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (het „EVRM”) en artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het „Handvest”). De vertrouwelijkheid wordt verder beschermd in afgeleide EU-wetgeving, te weten artikel 5 van de richtlijn e-privacy »³⁰⁴.

De redenering die gevolgd wordt door het Hof van Justitie in de zaken *Scarlet* en *Netlog*, om een evenwicht te vinden tussen de rechten en vrijheden waarmee we hier te maken hebben, kan dus op nuttige wijze toegepast worden op het domein van de netneutraliteit, en wel om twee redenen.

Aangezien het hier gaat om maatregelen van verkeersbeheer die bestaan uit het filteren van inhoud ter bestrijding van onwettige inhoud, dienen meer bepaald tegen elkaar afgewogen worden: enerzijds de doelstelling van bestrijding van onwettige inhoud (met de rechten en vrijheden die aan de grond liggen hiervan, zoals de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten) en anderzijds de vrijheid van vrije meningsuiting, de ondernemingsvrijheid, het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, alsook de vrijheid om informatie te ontvangen en mee te delen. Het evenwichtspunt kan slechts gevonden worden mits toepassing van het evenredigheidsprincipe. Het is deze eis die toelaat een onderscheid te maken tussen een verboden filtermaatregel (in de zin dat ze de afwezigheid van een algemene toezichtsverplichting schendt) en een toegelaten filtermaatregel (in de zin dat het gaat om een bijzondere toezichtsverplichting). Zoals Thierry Léonard stelt, kan uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie afgeleid worden, *“dat het evenredigheidsbeginsel gezien dient te worden als een corrigerend principe van rechtsmisbruik. Het recht zelf om schending te voorkomen door middel van een filtersysteem wordt niet door het Europees Hof van Justitie afgewezen, maar wel de manier waarop dit recht uitgeoefend wordt in de gevallen die haar voorgelegd worden. En niets belet ons te denken dat het Europees Hof van Justitie perfect een eenvoudig, niet permanent filtersysteem zou kunnen goedkeuren, met redelijke kostprijs, die eventueel gedeeld zou kunnen worden met de rechthebbenden, met betrekking tot een opzoekingsproces naar onwettige inhoud die anoniem blijven zolang de onwettige aard niet behoorlijk aangegeven werd en gaande over beperkte mededelingen of inhoud ten opzichte waarvan een sterk vermoeden van onwettigheid aangegeven is. Hier ligt dus het verschil tussen een – verboden – algemene toezichtverplichting en een – toegelaten – specifieke toezichtverplichting die tot op heden nog gepreciseerd dient te worden. De sleutel van de oplossing bevindt zich in de bepaling van de evenredigheidsbreuklijn tussen het voordeel dat door de rechthebbende verkregen wordt en de nadelen die eruit voortvloeien voor de tussenpersonen en gebruikers van de betrokken diensten »³⁰⁵.*

³⁰⁴ Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming, Advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming van 7 oktober 2011 over netneutraliteit, beheer van verkeersstromen en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, *PbEU*, C 34/1, 8 februari 2012 (advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming"), punten 5-6.

³⁰⁵ T. Léonard, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, p. 818, n° 11. Door ons vertaalde tekst : *c'est [...] par le correctif de l'abus de droit – le principe de proportionnalité – que l'on peut comprendre l'enseignement de la Cour européenne. Ce qu'elle fustige ce n'est pas le droit de prévenir l'atteinte par un système de filtrage mais bien la manière*

Het is duidelijk dat deze oefening verre van eenvoudig is voor degene die de regels moet interpreteren. Bovendien is deze oefening des te moeilijker daar men, bij het zoeken naar dit evenwicht tussen rechten en vrijheden, rekening houdend met het evenredigheidsprincipe, ook nog rekening moet houden met de technologische evolutie³⁰⁶, zoals met het bestaan en de performantie van de filtermechanismen.

Nog delicaat is de vraag hoe de inhouden desgevallend gehiërarchiseerd moeten worden, als er geen enkele van deze inhouden ter zijde kan worden geschoven omwille van de onwettige inhoud ervan. In dit geval komt het er inderdaad op neer de wettige inhouden te hiërarchiseren. Als het nodig is een hiërarchie op te stellen om de prioriteit van bepaalde inhouden te waarborgen, dient noodzakelijkerwijze een evenwicht gevonden te worden tussen de betrokken rechten en vrijheden, terwijl tegelijk rekening gehouden dient te worden met het corrigerend aspect van de evenredigheid.

C. Conclusies

Ter conclusie, de rechtspraak van het Hof van Justitie is interessant in de context van de netneutraliteit in die zin dat ze bevestigt dat er maatregelen kunnen (en moeten) genomen worden om onwettige inhouden te bestrijden (maatregelen van verkeersbeheer die bestaan uit het blokkeren van onwettige inhouden, in het kader van de netneutraliteit). De netneutraliteit dient dus in geen geval beschouwd te worden als een middel dat toelaat deze eis te omzeilen en de doelstellingen te ondermijnen. Er dient evenwel rekening gehouden worden met het feit dat verschillende criteria gehanteerd dienen te worden voor het toepassen van genoemde maatregelen. Meer bepaald dient een evenwicht gevonden te worden tussen de op het betrokken rechten en vrijheden, terwijl men er zich tegelijk van dient te vergewissen dat het evenredigheidsbeginsel nageleefd wordt. Los van het bestaan van onwettige inhouden, zou deze analyse eveneens gevolgd kunnen worden als het gaat om het bevoorrechten van bepaalde inhouden.

dont est exercé ledit droit dans les espèces qui lui sont soumises. Et rien n'exclut de penser qu'elle pourrait parfaitement admettre un système de filtrage simple, non permanent, à coût raisonnable et pourquoi pas partagé avec les titulaires des droits, fondé sur un processus de recherches de contenus illicites restant anonymes tant que le caractère illicite n'est pas dûment rapporté et portant sur des communications ou contenus limités à l'égard desquels une forte présomption d'illicéité est rapportée. C'est toute la différence entre une surveillance générale — interdite — et une surveillance spécifique — acceptée — qui reste à ce jour encore à préciser. La clé de la solution se trouve dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause ».

³⁰⁶ Zie ook *supra*.

3. Netneutraliteit en algemene regels inzake vrije en eerlijke mededinging

De afwezigheid van bijzondere regels inzake netneutraliteit hoeft niet te betekenen dat ondernemingen en overheden geheel verstoken blijven van instrumenten om juridisch op te treden tegen bepaalde praktijken die de doelstellingen inzake netneutraliteit (zoals zij in het inleidende deel van dit hoofdstuk werden geïdentificeerd³⁰⁷) dreigen te fruniken. Het is immers denkbaar dat deze praktijken aangemerkt worden als inbreuken op de algemene regels inzake de vrije en eerlijke mededinging. Zo bevat onze Belgische Mededingingswet (*infra*) een verbod op restrictieve mededingingspraktijken (zoals kartelovereenkomsten of machtsmisbruik in hoofde van een dominante onderneming) en bevat de Wet Marktpraktijken (*infra*) een verbod van met de eerlijke marktpraktijken strijdige daden waardoor een onderneming de beroepsbelangen van andere ondernemingen schaadt of kan schaden. Deze beide categorieën van rechtsnormen maken deel uit van het mededingingsrecht *sensu lato* en staan in wisselwerking tot elkaar.³⁰⁸ In dit deel identificeren we eerst welke gedragingen van internettoegangsleveranciers ten opzichte van leveranciers van inhoudsdiensten doorgaans als de meest problematische worden beschouwd vanuit het oogpunt van netneutraliteit. Daarna volgt een korte situering van de relevante rechtsregels en een analyse van de mogelijke toepassing hiervan op de geïdentificeerde problematische gedragingen. De klemtoon ligt daarbij op het nationale niveau, hoewel vaak teruggegrepen zal worden naar bestaande rechtsleer die de mogelijke toepassing analyseert van de algemene mededingingsregels met het oog op het garanderen van het “open” karakter van het Internet en het vermijden van discriminaties op internationaal of Europees niveau.³⁰⁹ De bedoeling is om na te gaan in welke mate de huidige regels

³⁰⁷ Die hogervermelde doelstellingen houden in grote lijnen verband met ofwel eerder economische motieven (zoals onder meer het garanderen van het evenwicht tussen de aanbieders van netwerk- en inhoudsdiensten in verband met het internet, het nastreven van effectieve en eerlijke mededinging tussen de verschillende aanbieders, en het nastreven van een reële keuzevrijheid voor consumenten), ofwel met overwegingen gebaseerd op het garanderen van fundamentele rechten (zoals het vrijwaren en garanderen van de vrijheid van meningsuiting en communicatievrijheid van burgers en/of aanbieders van netwerken en/of diensten).

³⁰⁸ P. Wytinck, “Enkele facetten van de relatie kartelwet – wetgeving inzake onrechtmatige mededinging, in *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 169.

³⁰⁹ Zie onder meer: P. Larouche, (2011). Network neutrality: The global dimension. In M. Burri (Ed.), *Trade governance in the digital age*, Cambridge: CUP, p. 1-15; Pierre Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, <http://ssrn.com/abstract=190981>; P. Larouche, & M. Cave, (2010). Network neutrality and the open internet. Brussels: Centre on regulation in Europe (CERRE); P. Valcke, L. Hou, D. Stevens & E. Kosta, (2009) "Legal Analysis of Network Neutrality under EU Competition Rules and the Regulatory Framework for Electronic Communications", in G. Chandana (eds), "Network Neutrality - Legal Contours", (ICFAI University Press, India); Pierre Larouche, (2009). The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation. Antitrust law Journal, 75(3), 933-964; P. Valcke, L. Hou, D. Stevens & E. Kosta, "Network neutrality: Legal answers from an EU perspective", *RDTI* 2008, volume 32, p. 321-348; Filomena Chirico, Ilse van der Haar en P. Larouche, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), September 2007, <http://ssrn.com/abstract=1018326>; M. Piron, "La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels", *RDTI*, 2011/4, p. 69-92 ; J. Sluijs, *Network Neutrality and European Law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012 ; N. van Eijk, "Net Neutrality and Audiovisual Services", *IRIS plus*, 2011/5, p. 7-19.

inzake vrije en eerlijke mededinging reeds instrumenten bieden om het “principe van netneutraliteit” te vrijwaren, waar hun grenzen liggen, en/of in welke mate er bijkomende initiatieven vereist zijn.

A. Problematische gedragingen

In de juridische literatuur worden doorgaans een aantal verschillende types van praktijken aangehaald die als inbreuken op het beginsel van netneutraliteit worden beschouwd. Na een algemene inleiding over de structuur, de definitie en de analyse van de breedbandmarkten, bespreken Chirico, van der Haar en Larouche in hun bijdrage uit 2007 respectievelijk:³¹⁰

- 1) discriminatie (al dan niet door een verticaal geïntegreerde aanbieder met of zonder aanbod op het vlak van inhoud)³¹¹
- 2) het blokkeren van de toegang van de gebruiker tot inhoud³¹², en
- 3) het degraderen van toegang en het aanbieden van *access-tiering*³¹³.

Valcke, Hou, Stevens & Kosta daarentegen onderscheiden de volgende gedragingen als meest problematisch:

- 1) het blokkeren van inhoud³¹⁴,
- 2) het degraderen van inhoud³¹⁵,
- 3) het opleggen van onredelijke beperkingen op het vlak van het gebruik van toepassingen³¹⁶, en
- 4) het aanbieden van prioritisering³¹⁷.

In recente bijdragen over netneutraliteit³¹⁸ bespreekt Larouche de mogelijke inbreuken op het principe van netneutraliteit in eerder algemene termen, namelijk als de poging van internettoegangsleveranciers om hun diensten om te vormen tot tweezijdige platformen, en de daaruit volgende vraag of gedifferentieerde kwaliteitsniveaus (zelfs zonder dat sprake is van discriminatie uit al dan niet economische overwegingen) *überhaupt* toegelaten moeten zijn. Terwijl de auteur op dat laatste vlak vooral wijst op de mogelijke gevaren van nationale fragmentatie in Europa, drukt hij in verband met mogelijke discriminatoire praktijken van internettoegangsleveranciers de volgende bezorgdheden uit:

³¹⁰ F. Chirico, I. van der Haar & P. Larouche, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), September 2007, p. 6-22, <http://ssrn.com/abstract=1018326>.

³¹¹ *Ibidem*, p. 25-34.

³¹² *Ibidem*, p. 35-40.

³¹³ *Ibidem*, p. 41-64.

³¹⁴ P. Valcke, L. Hou, D. Stevens & E. Kosta, "Network neutrality: Legal answers from an EU perspective", RDTI 2008, volume 32, 334-336.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 336-337.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 337.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 337-340.

³¹⁸ P. Larouche, (2011). "Network neutrality: The global dimension", in M. Burri (Ed.), *Trade governance in the digital age*, Cambridge: CUP, p. 1-15; Pierre Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, <http://ssrn.com/abstract=1909811>; Pierre Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, in druk, p. 77 e.v.

« Problemen betreffende de marktmacht stellen zich ook, en nog duidelijker op het niveau van de ISP's. Ten aanzien van de gebruikers, heeft het vermogen van de gebruikers om van leverancier te veranderen een remmende werking op elke vorm van misbruik door de ISP. Ten aanzien van de leveranciers van inhoud, bevindt de toegangsleverancier zich in een positie die vergelijkbaar is met die van een netwerkexploitant, maar deze analogie is niet volledig. In de literatuur stelt men een algemeen verspreide bezorgdheid vast omtrent het feit dat een marktmachtige SPI verticaal zou kunnen integreren, en zich nadien schuldig zou kunnen maken aan discriminatie, of zelfs aan het blokkeren van het verkeer van niet aangesloten inhoudsleveranciers »³¹⁹.

Over de toepassing van bestaande mededingingsrechtelijke en sectorspecifieke bepalingen tegen die achtergrond stelt hij:

« Een aantal vragen betreffen misbruiken van de marktmacht, nl. wanneer concurrenten buitengesloten worden ingevolge verticale integratie of exclusiviteitsakkoorden tussen inhoudsleveranciers en ISP's die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht (of dominantie). De gedragingen die hen verweten wordt zijn discriminatie (niet toelaten aan de concurrenten om te genieten van dezelfde kwaliteit van dienstverlening niettegenstaande hun bereidheid tot betalen) of blokkering (beletten dat geaffilieerde inhoud beschikbaar zou zijn via concurrerende ISP's of dat rivaliserende inhoud beschikbaar zou zijn op de betrokken ISP) »³²⁰.

De hoger vermelde laakbare gedragingen kunnen o.i. inderdaad in twee grote categorieën worden gegroepeerd:

1. het aan niet-gelijke voorwaarden aanbieden van toegang tot inhoud, toepassingen of toestellen (via degraderen dan wel via prioriteren);
2. het blokkeren van gebruikerstoegang tot inhoud, wat onder bepaalde voorwaarden als verkoopsweigerings.

³¹⁹ Door ons vertaalde tekst: "Market power concerns also arise, most significantly at the ISP level. Vis-à-vis users, the ability of users to switch to another ISP acts as a brake on any abuse on the part of the ISP. Vis-à-vis content providers, the ISP is in a position similar to that of a terminating operator, but this analogy is imperfect. There is a widespread concern in the literature that an ISP with market power could integrate vertically and then engage into discrimination against, or even blocking of traffic from, non-affiliated content providers."

³²⁰ Door ons vertaalde tekst: "A number of issues relate to abuses of market power, when competitors are excluded as a result of vertical integration or exclusivity agreements between content providers and ISPs enjoying significant market power (or dominance). The impugned behaviour can consist in discrimination (not allowing competitors to benefit from the same QoS despite their willingness to pay) or blocking (either preventing affiliated content from being available via rival ISPs or preventing rival content from being available on the ISP in question).

Hierna zal worden nagegaan of, en onder welke voorwaarden, deze praktijken kunnen worden bestreden als een met het mededingingsrecht verboden discriminatie, respectievelijk verkoopsweigering, dan wel als een met de eerlijke marktpraktijken strijdige gedraging.

B. Overzicht van nationale relevante rechtsregels

Het Belgische mededingingsrecht bestaat uit twee grote pijlers: de restrictieve mededingingspraktijken enerzijds, en de concentratieregels anderzijds.³²¹ Eerstgenoemde omvatten het verbod op mededingingsbeperkende of -vervalsende afspraken³²² ('kartelverbod') en het verbod op misbruik van machtspositie.³²³ Laatstgenoemde zien toe op fusies of overnames van ondernemingen, dus ook op dergelijke transacties op de markten voor internettoegang en inhoudsdiensten.³²⁴

Deze regels kennen tevens een equivalent in het Europese mededingingsrecht: het kartelverbod en verbod van machtsmisbruik vinden we in artikel 101, respectievelijk artikel 102 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU); de concentratieregels zijn neergelegd in de EG-concentratieverordening van 2004.³²⁵ Artikel 101-102 VWEU hebben rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde (en kunnen dus ook door nationale rechters en mededingingsautoriteiten worden toegepast). Over de toelaatbaarheid van concentraties met een Europese dimensie kan enkel de Europese Commissie oordelen.

In zijn analyse van de inzetbaarheid van de Europese mededingingsbepalingen bij het optreden tegen mogelijke (discriminatoire) inbreuken op netneutraliteit, komt Larouche tot de conclusie dat de Europese mededingingsregels als volgt toe te passen zijn:

³²¹ Art. 6 t.e.m. 10 van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.*, 29 september 2006 (hierna, WBEM). Op een datum die per Koninklijk Besluit bepaald zal worden, zullen deze artikelen vervangen worden door de artikelen IV.6. tot IV.11. van het Wetboek van Economisch Recht van 23 februari 2013, *B.S.*, 29 maart 2013 zoals ingevoegd door artikel 4 van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV « Bescherming van de mededinging » en van boek V « De mededinging en de prijsevoluties » in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechts-handhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *B.S.*, 26 april 2013.

³²² Art. 2 WBEM. Op een datum die per Koninklijk Besluit bepaald zal worden, zal dit artikel vervangen worden door het artikel IV.1. van het Wetboek van Economisch Recht van 23 februari 2013, *B.S.*, 29 maart 2013 zoals ingevoegd door artikel 4 van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV « Bescherming van de mededinging » en van boek V « De mededinging en de prijsevoluties » in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechts-handhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *B.S.*, 26 april 2013. De tekst van artikel 3 WBEM zal ongewijzigd blijven.

³²³ Art. 3 WBEM. Op een datum die per Koninklijk Besluit bepaald zal worden, zal dit artikel vervangen worden door het artikel IV.2. van het Wetboek van Economisch Recht van 23 februari 2013, *B.S.*, 29 maart 2013 zoals ingevoegd door artikel 4 van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV « Bescherming van de mededinging » en van boek V « De mededinging en de prijsevoluties » in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechts-handhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *B.S.*, 26 april 2013. De tekst van artikel 3 WBEM zal ongewijzigd blijven.

³²⁴ Bijvoorbeeld wanneer een internettoegangsleverancier (bijvoorbeeld Belgacom) een fusie zou aangaan met, of een overname zou verrichten van, een leverancier van internet-inhoudsdiensten (bijvoorbeeld Netlog).

³²⁵ Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening"), *Pb. L* 24/1, 29.1.2004.

«In dergelijke gevallen kunnen de bepalingen van het Europese mededingsrecht toegepast worden. Wanneer de betrokken gedraging aangenomen wordt door een onderneming met aanmerkelijke marktmacht en een anticoncurrentieel effect heeft, zal deze gedraging verboden worden krachtens artikel 102 van het VWEU (misbruik van machtspositie). Het toepassen van discriminatoire voorwaarden ten opzichte van derden, wordt uitdrukkelijk vermeld als voorbeeld van machtsmisbruik in artikel 102 (c) van het VWEU. Inderdaad, het Hof heeft artikel 102 van het VWEU geïnterpreteerd als een verbod van discriminatie in een verticale context zoals deze, ten opzichte van een derde, met het oog op het bevorderen van de activiteiten van de onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Wat betreft de zuivere blokkering, is het artikel 102 van het VWEU eveneens van toepassing, in die zin dat er sprake is van vooraf bestaande relaties (met name de inhoud die gebruikt wordt om beschikbaar te zijn bij de betrokken ISP), met name om de onrechtvaardige verbreking van dergelijke relaties te verhinderen³²⁶.

Als de gedraging plaatsheeft in het kader van een akkoord tussen een leverancier van inhoud en een leverancier van internet-diensten, en er sprake is van marktmacht, zou het artikel 101 van het VWEU eveneens toegepast kunnen worden. Er bestaat reeds een zekere beslissingspraktijk van de Commissie betreffende het toekennen van de exclusiviteit over 'must-have'-inhoud zoals de sportieve rechten (naast een specifieke reglementering over gebeurtenis die een groot belang hebben voor de maatschappij). Ten slotte, in de meest extreme situatie, kan de verticale integratie door middel van een fusie tussen een ISP en een leverancier van inhoud verboden worden krachtens de MCR (note: Merger Control Regulation), op voorwaarde dat de partijen in staat zijn en aangespoord werden om zich te verbinden tot het afsluiten van de toegang tot de markt of van het cliënteel³²⁷.

Als het misbruik zich meer situeert op het vlak van uitbuiting dan op het vlak van uitsluiting, bijvoorbeeld door buitensporige prijzen voor het beschikbare

³²⁶ Door ons vertaalde tekst: “EU Competition law can apply in such cases. To the extent that the behaviour in question stems from a firm with significant market power and that it has an anticompetitive effect, it will be prohibited under Article 102 TFEU (abuse of a dominant position). The use of discriminatory terms and conditions as between third parties is expressly listed as an example of abuse at Article 102(c) TFEU. Indeed, the ECJ has interpreted Article 102 TFEU to also prohibit discrimination, in a vertical context such as this, as against third parties in order to favour the dominant firm’s own operations. As for outright blocking, to the extent that there were pre-existing dealings (i.e. the content used to be available on the ISP in question), Article 102 TFEU will also apply to prevent an unjustified termination of such dealings”.

³²⁷ Door ons vertaalde tekst: “If the behaviour takes place within the framework of an agreement between a content provider and an ISP and market power is present, Article 101 TFEU could also apply. There is already some Commission decision practice concerning the award of exclusivity over ‘must-have’ content such as sports rights (in addition to specific regulation on events of major importance to society). Finally, in the most extreme situation, vertical integration via a merger between an ISP and a content provider could be prohibited under the MCR, provided that the parties are able and have an incentive to engage into input or customer foreclosure”.

*niveau van dienstverlening, zou het artikel 102 van het VWEU eveneens van toepassing kunnen zijn, alhoewel de test voor abusieve uitbuiting niet duidelijk is, zodat dergelijke misbruiken niet heel dikwijls bestudeerd werden*³²⁸ „³²⁹.

Daar waar de mededingingsregels toezien op de vrijwaring van het *proces van vrije en effectieve mededinging* op de markten (en niet de bescherming van individuele concurrenten) met het oog op het maximaliseren van de consumentenwelvaart, beoogt de Wet Marktpraktijken³³⁰ (voordien de Wet Handelspraktijken³³¹) de *loyaliteit tussen de individuele deelnemers* aan het handelsverkeer te waarborgen en daden van oneerlijke mededinging die consumenten of concurrenten schade kunnen berokkenen te beteugelen.³³² Zo bevat artikel 95 het verbod op *“elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden”*.

In het hierna volgende onderdeel wordt nagegaan op welke manier het verbod van machtsmisbruik enerzijds, en het verbod op oneerlijke marktpraktijken anderzijds, in de Belgische context toepassing vindt. De relevante bepalingen zijn artikel 3 WBEM³³³ en artikel 102 VWEU, respectievelijk artikel 95 WMPC. Laatstgenoemde werd hiervoor geciteerd; artikel 3 WBEM luidt als volgt:

“Art. 3. Het is verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing nodig is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in :

1° het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

2° het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;

³²⁸ Door ons vertaalde tekst: *If the abuse is exploitative rather than exclusionary, for instance excessive prices for the available QoS level, Article 102 TFEU might also apply, albeit that the test for exploitative abuses is not clear, so that such abuses have not been investigated very often*.

³²⁹ P. Larouche, Network Neutrality: the Global Dimension, TILEC Discussion Paper (DP 2011-35), Augustus 2011, p. 19-20, <http://ssrn.com/abstract=1909811>

³³⁰ Wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, B.S., 12 april 2010.

³³¹ Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consumenten, B.S., 29 augustus 1991, *err.* B.S. 10 oktober 1991.

³³² G. Ballon, *De wet marktpraktijken – Een eerste commentaar*, Kluwer, 2011, p. 1-3. Zie p.3 voor een overzicht van de richtlijnen die deze wet implementeert.

³³³ Op een datum die per Koninklijk Besluit bepaald zal worden, zal dit artikel vervangen worden door het artikel IV.2. van het Wetboek van Economisch Recht van 23 februari 2013, B.S., 29 maart 2013 zoals ingevoegd door artikel 4 van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV « Bescherming van de mededinging » en van boek V « De mededinging en de prijsevoluties » in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechts-handhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, B.S., 26 april 2013. De tekst van artikel 3 WBEM zal ongewijzigd blijven.

3° het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

4° het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

C. Analyse

C.1. Artikel 3 WBEM – 102 VWEU: misbruik machtspositie

Voorafgaand: relevante markt en machtspositie

Misbruik van economische positie kan pas worden vastgesteld en gesanctioneerd nadat de **relevante markt** is gedefinieerd en één of meerdere aanbieders als **dominant** op die markt zijn aangemerkt. De kans dat een internettoegangsleverancier als dominant wordt aangemerkt, verkleint 1° naarmate de eindgebruikers- en groothandelsmarkten waarop hij actief is meer concurrentieel zijn, en 2° naarmate de eindgebruiker reële mogelijkheden heeft om van de ene aanbieder naar een andere over te stappen (wat onder meer een voldoende lage switching cost veronderstelt) en 3° naarmate de eindgebruiker over voldoende transparante informatie beschikt over de reëel aangeboden diensten van de verschillende internettoegangsleveranciers.

Doorgaans wordt aangenomen dat de eindgebruikersmarkten voor breedbandtoegang in Europa van een redelijk concurrentieel niveau zijn (mede dankzij de remedies op groothandelsniveau, via de reglementering van markten 4 – (Fysieke) toegang tot netwerkinfrastructuur op wholesaleniveau (inclusief gedeelde of volledig ontbundelde toegang) op een vaste locatie - en 5 – wholesalebreedbandtoegang – van de aanbeveling « relevante markten 2007 », en dat gebruikers vrij gemakkelijk kunnen switchen van aanbieder. De transparantieverplichtingen die werden besproken in deel 1 van dit hoofdstuk moeten daarenboven nog verder bijdragen tot gedegen informering van de eindgebruiker, zodat deze bewuster kan kiezen en de concurrentie ten volle kan laten spelen.

Evenwel dienen we naast de eindgebruikers ook de aanbieders van inhoud en toepassingen in overweging te nemen. Zoals Larouche terecht opmerkt,³³⁴ kan vanuit het perspectief van laatstgenoemden een bepaalde eindgebruiker enkel worden bereikt via de ISP waarbij deze eindgebruiker abonnee is. De content of app provider heeft doorgaans geen rechtstreekse relatie met de ISP en kan de keuze van de eindgebruiker niet beïnvloeden. Daardoor kan de positie waarin de ISP zich bevindt, worden vergeleken met die van de vaste of mobiele operator die – volgens de gangbare aanpak in sectorregulering en mededingingsrecht – als monopolist wordt beschouwd op ‘zijn’ terminatiemarkt (de relevante markt is die voor terminatie op het netwerk van de betrokken vaste of mobiele operator). Een argument dat tegen die analogie pleit is de praktijk van multihoming, *i.e.* eindgebruikers beschikken niet enkel over een internetverbinding thuis via kabel of DSL, maar dikwijls ook over internettoegang op het werk en een 3G abonnement voor hun smartphone. In tegenstelling tot bij vaste of mobiele spraaktelefonie waarbij de abonnee enkel via zijn operator te bereiken is, kan het internetverkeer de eindgebruiker dus bereiken via verschillende routes en ISPs. Daar kan dan weer tegen ingebracht worden dat

³³⁴ P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, in druk, p. 81.

deze verschillende verbindingen niet steeds als equivalent of substitueerbaar kunnen worden beschouwd (denk aan het lagere comfort en duurdere prijs van 3G om online videodiensten te raadplegen ten opzichte van een DSL-verbinding). Daarenboven verwachten gebruikers niet dat ze moeten switchen van internetprovider/abonnement naargelang de dienst of toepassing die ze wensen te raadplegen, maar rekenen ze erop dat ze alle online diensten of inhouden (die ze bijvoorbeeld bijhouden via een cloud provider) kunnen bereiken vanaf welk toestel of welke verbinding dan ook ('ubiquiteit'). Larouche besluit dan ook dat:

« Ten slotte, en bijgevolg, is het denkbaar dat de analogie met de terminatiemarkt klopt en dat de ISP's zich op een relevante markt bevinden die hen eigen is voor de routing van het internetverkeer naar hun gebruikers en omgekeerd, als de situatie geanalyseerd wordt vanuit het standpunt van de leverancier van inhouden. In zo'n geval zou elke ISP een marktmacht bezitten wat betreft de leveranciers van inhouden »³³⁵ »³³⁶.

Door het Hof van Justitie is een **dominantie** in de context van het mededingingsrecht omschreven als *“de economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen”*.^{337,338} Het is daarbij niet vereist dat de onderneming elke mogelijkheid tot concurrentie zou hebben uitgeschakeld of zou kunnen uitschakelen; om van een machtspositie te kunnen spreken volstaat ook een gedeeltelijke eliminatie van een daadwerkelijke of potentiële concurrentie. Marktmacht wordt

³³⁵ Door ons vertaalde tekst: “In the end, therefore, it is conceivable that the analogy with termination would hold, and that ISPs would find themselves on a relevant market of their own for the routing of traffic from the Internet to their users and vice versa, when seen from the perspective of the content provider. If that were the case, then each ISP would hold market power as regards content providers.”

³³⁶ *Ibidem*, p. 82.

³³⁷ *H.v.J.* 14 februari 1978 (United Brands, nr. 27/76, *Jur. H.v.J.* 1978, 207, § 65; bevestigd in o.a.: *H.v.J.* 13 februari 1979 (Hoffmann-La Roche), nr. 85/76, *Jur. H.v.J.* 1979, 461, § 38; *H.v.J.* 9 november 1983 (Michelin), nr. 322/81, *Jur. H.v.J.* 1983, 3461, § 6; *H.v.J.* 3 oktober 1985 (Télémarketing), nr. 311/84, *Jur. H.v.J.* 1985, 3261, § 16. Het Hof nam hiermee de omschrijving over die de Commissie voor het eerst naar voor bracht in: COMM. E.G. 9 december 1971, nr. IV/26811 (Continental Can), *PB. L.* 8 januari 1972, afl. 7, 25, § 3. Uit deze omschrijving blijkt dat de mogelijkheid tot het stellen van een bepaald gedrag een doorslaggevende aanduiding vormt voor het bezit van een machtspositie, terwijl het vaststellen van deze machtspositie net een voorafgaandelijke vereiste vormt om te kunnen nagaan of het gestelde gedrag een misbruik uitmaakt; volgens sommige auteurs komt dit neer op een kringredenering, M. M. Al-Dabbah, “Conduct, Dominance and Abuse in Market Relationship”, *E.C.L.R.* 2000, 45-50.

³³⁸ In economische termen definieert men dergelijke marktmacht als *“de mogelijkheid voor een onderneming of groep ondernemingen om de output te beperken en dus de prijzen te verhogen (of een andere handelsvoorwaarde te verzwaren) tot boven het niveau dat zou worden bereikt bij mededinging, en om uit deze actie winst te halen”*; voor een economist veronderstelt marktmacht bijgevolg drie elementen (die elkaar weliswaar in zekere zin herhalen): een beperking van de productie (met een prijsverhoging als resultaat), een hieruit voortvloeiende hogere winstgevendheid voor de betrokken onderneming, en het behoud van prijzen boven competitief niveau. Eenvoudig gezegd, marktmacht biedt een onderneming de mogelijkheid om “minder te geven en meer aan te rekenen”. Nochtans ligt de nadruk gewoonlijk op de prijsverhoging als bewijs voor marktmacht, en wordt het output effect vaak verwaarloosd; zie hierover bijvoorbeeld: C. Veljanovski, “The Economics of the Relevant Market in EC Competition Law”, *R.I.C.* 1998, p. 6-7 (4-10).

meestal afgemeten aan de hand van een combinatie van factoren, die elk afzonderlijk niet *per se* beslissend hoeven te zijn, maar waaruit omwille van hun samenhang het bestaan van een machtspositie in hoofde van de betrokken onderneming wordt afgeleid. Het bezit van omvangrijke marktaandelen wordt als “*zeer significant*” aanzien. Een duurzaam aandeel van 50% en meer levert, behoudens de spreekwoordelijke uitzondering die de regel bevestigt,³³⁹ vrijwel op zichzelf het bewijs van een machtspositie op³⁴⁰. Gecombineerd met bijkomende factoren, zoals de aanwezigheid van een wettelijk of feitelijk monopolie, het ontbreken van daadwerkelijke of potentiële concurrentie,³⁴¹ de controle over faciliteiten die niet redelijkerwijs binnen een aanvaardbare termijn kunnen worden gedupliceerd, gemakkelijke of bevoorrechte toegang tot financiële middelen, of verticale integratie, kunnen ook marktaandelen tussen de 40 en 50 % (soms zelfs tussen de 30 en 40 %) aanleiding geven tot de vaststelling van een machtspositie; bij een aandeel onder de 30 % moeten deze bijkomende omstandigheden al exceptioneel zijn om nog van machtspositie te kunnen spreken.³⁴²

Scenario 1. het blokkeren van gebruikerstoegang tot inhoud, toepassingen of toestellen

De voor een aanbieder van inhoud, toepassingen of toestellen meest problematische praktijk is die waarbij de internettoegangsleverancier de toegang daartoe volledig blokkeert. De abonnees van die internettoegangsleverancier kunnen dan die inhoud of toepassingen (denk aan Netflix, Skype of WhatsApp) niet langer raadplegen en blijven noodgedwongen een beroep doen op de eigen of geaffilieerde (spraak-, video-, enz.) diensten van hun internettoegangsleverancier. Op die manier kan deze laatste eigen inkomsten veilig stellen door een deel van het publiek af te sluiten voor concurrerende inhouds- of dienstenleveranciers, hetzij permanent (namelijk wanneer de gebruiker slechts één internetabonnement gebruikt, bijvoorbeeld zijn kabelabonnement thuis), hetzij minstens tijdelijk (namelijk wanneer de gebruiker meerdere abonnementen – bijvoorbeeld DSL en 3G, of zijn eigen abonnement thuis en dat van zijn werkgever op het werk – gebruikt).

Mits voldaan is aan een aantal voorwaarden zou dergelijke blokkering door een internettoegangsleverancier kunnen worden gekwalificeerd als een verkoops- of

³³⁹ Een hoog marktaandeel kan immers wankel zijn, bijvoorbeeld indien te verwachten valt dat bij een prijsverhoging onmiddellijk nieuwe toetreders op de markt zouden verschijnen, zodat de betrokken onderneming toch niet als dominant kan worden beschouwd.

³⁴⁰ Sinds het *Akzo*-arrest de 50% norm als *obiter dictum* vermeldde, wordt deze drempel als een soort van scharnierpunt gehanteerd: erboven geldt een – weliswaar weerlegbaar – vermoeden van machtspositie, eronder dienen bijkomende aanwijzingen te worden aangevoerd om het bestaan van een machtspositie aan te tonen. Zie hierover: Jacques STEENBERGEN, “Van gebruik naar marktpositie naar misbruik van machtspositie, en terug?”, *SEW* 2002, 241-243.

³⁴¹ Daadwerkelijke of potentiële concurrentie kan ontbreken wanneer er een grote kloof bestaat tussen het marktaandeel van de dominerende onderneming en dat van haar voornaamste concurrenten, respectievelijk wanneer de markt wordt gekenmerkt door aanzienlijke toetredingsbelemmeringen.

³⁴² Het Hof van Justitie stelt uitdrukkelijk dat een zeer klein marktaandeel (*in casu* 6 à 7 %) op een markt van gemakkelijk verwisselbare producten een machtspositie uitsluit; *H.v.J.* 25 oktober 1977 (*Metro-SB-Grossmärkte*), nr. 26/76, *Jur. H.v.J.* 1977, 1875, § 17.

leveringsweigering van, of weigering van toegang tot, een essentiële faciliteit, omdat de internettoegangsleverancier het door het blokkeren voor de inhoudsleverancier onmogelijk maakt om de eindgebruikers te bereiken en hem zodoende uit de inhoudsmarkt weert.³⁴³ De voorwaarden die in de Europese rechtspraak (*Bronner, Microsoft...*)³⁴⁴ naar voor werden geschoven om van een inbreuk te spreken, zijn *grosso modo*.³⁴⁵

- de toegang tot het platform van de internettoegangsleverancier moet voor de inhoudsleverancier *onmisbaar* zijn voor het bereiken van de eindgebruikers;
- de internettoegangsleverancier beschikt over een sterke positie op de (stroomopwaartse) markt (van internettoegang);
- het blokkeren van de inhoudsleverancier maakt het voor de internettoegangsleverancier mogelijk om de mededinging op de (stroomafwaartse) inhoudsmarkt te elimineren (minstens te beperken);
- de weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, of beperkt de technologische ontwikkeling;
- er ligt geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering van de toegang voor.

Een objectieve rechtvaardiging voor de toegangsweigering kan liggen in de wettelijke verplichting voor de internettoegangsleverancier om bepaalde inhoud te blokkeren, bijvoorbeeld wegens schendingen van (intellectueel) eigendomsrecht (vb. inbreuken op auteursrechtelijk beschermde werken), wegens de schending van de openbare orde of goede zeden.

Hieruit vloeit voort dat het blokkeren van inhoud, diensten of toestellen door een internettoegangsleverancier slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal worden beschouwd als een inbreuk op het verbod van machtsmisbruik, temeer daar de Europese hoven de drempel voor het onmisbaarheidscriterium erg hoog leggen.³⁴⁶ Indien evenwel de analogie met terminatie voor spraakdiensten (*supra*) wordt aanvaard, is het niet ondenkbaar te argumenteren dat er geen technisch alternatief is

³⁴³ Hoewel er in het kader van het Europese mededingingsrecht controverse bestaat over deze thema's, zie: F. Chirico, I. van der Haar en P. Larouche, Network Neutrality in the EU, TILEC Discussion Paper (DP 2007-30), September 2007, p. 37 (voetnoten 116 en 117), <http://ssrn.com/abstract=1018326>.

³⁴⁴ *H.v.J.*, 26 november 1998, (*Bronner*), nr. C- 7/97, *Jur. H.v.J.* 1998, I-7791; *GEA*, 17 september 2007, (*Microsoft v. Commissie*), nr. T- 201/04, *Jur. H.v.J.* 2007, II- 3601.

³⁴⁵ In het bestek van deze studie is het onmogelijk om het leerstuk van verkoopsweigering en essentiële faciliteiten, dat één van de meest controversiële en bediscussieerde thema's is binnen het mededingingsrecht en waarbij de rechtspraak nog in volle evolutie is, in voldoende nuance te bespreken. Wij zien ons bijgevolg genoodzaakt om bepaalde zaken in veralgemeende termen weer te geven.

³⁴⁶ In principe betekent onmisbaar dat de faciliteit niet op economisch rendabele wijze kan worden gedupliceerd, zodat de toegang tot de faciliteit in het algemeen (dus niet alleen voor de vragende onderneming, maar voor alle potentiële concurrenten) essentieel is om te kunnen concurreren op de betrokken markt (essentieel betekent dat weigering van toegang ertoe zou leiden dat de vragende onderneming onmogelijk haar diensten zou kunnen aanbieden of slechts tegen voorwaarden die economisch niet haalbaar zijn).

dan het platform van de internettoegangsleverancier om een bepaalde gebruiker te bereiken op een bepaalde locatie en op een bepaald moment.

Scenario 2. het aan niet-gelijke voorwaarden aanbieden van toegang tot inhouden, toepassingen of toestellen

Daar waar de eerste gevallen van netwerkmanagement, die aanleiding gaven tot de discussie over netneutraliteit, doorgaans het volledig blokkeren van inhouden of toepassingen betroffen (denk aan de Madison River of ComCast gevallen in de Verenigde Staten, waarbij VOIP, resp. peer-to-peer-diensten werden geblokkeerd), dreigt het hanteren van discriminerende prijs- en contractsvoorwaarden op termijn mogelijks een grotere zorg te worden. In dat geval worden niet-geaffilieerde inhouden en toepassingen niet uitgesloten, maar worden geaffilieerde inhouden en toepassingen tegen voordeliger voorwaarden aangeboden (betere en snellere levering, uitsluiting van de berekening van maximum capaciteitslimieten, enz.).

Het aan niet-gelijke voorwaarden aanbieden van toegang tot inhouden, toepassingen of toestellen (via selectieve degradatie, of door prioritisering wel aan de ene, doch niet aan de andere partij aan te bieden) kan onder bepaalde voorwaarden als een inbreuk op het mededingingsrecht worden beschouwd. Artikel 3, tweede lid, 3° WBEM hanteert immers - zoals artikel 102 VWEU - het *“toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging”* als expliciet voorbeeld van een misbruik van machtspositie.

In *TeliaSonera* heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat de hiervoor aangehaalde voorwaarden voor het bewijs van een onrechtmatige leveringsweigering geen toepassing dienen te vinden bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van levering onder nadelige voorwaarden.³⁴⁷ Paradoxaal genoeg impliceert dit dat de meest schadelijke praktijken (blokkering) getoetst zullen worden aan een strengere test onder artikel 3 WBEM-artikel 102 VWEU dan minder schadelijke praktijken (het toestaan door de internettoegangsleverancier van minder gunstige QoS voorwaarden aan niet-geaffilieerde aanbieders van inhouden of diensten).

Artikel 3, tweede lid, 3° WBEM legt geen absolute gelijkheid van behandeling op. Ook dominante ondernemingen moeten over een zekere marge blijven beschikken om hun commercieel gedrag af te stemmen op de markt en de situatie van het ogenblik. Echter, een dominante onderneming mag niet onbeperkt “trachten uit de markt te halen wat deze kan verdragen”.³⁴⁸ Wanneer de discriminatie tot doel of tot gevolg heeft dat bepaalde handelspartners nadeel wordt berokkend wat hun concurrentiële positie betreft, kan het verbod van artikel 3 WBEM toepassing vinden, indien daardoor de mededinging wordt beperkt. Met andere woorden, het commerciële gedrag van de dominante onderneming mag de mededinging op een upstream- of downstreammarkt niet vervalsen. Concreet: de app-aanbieders die een overeenkomst afsluiten met een dominante internettoegangsleverancier mogen als

³⁴⁷ *H.v.J.*, 17 februari 2011, (*TeliaSonera*), nr. C- 52/09, *Jur. H.v.J.* 2011, I- 527; P. Larouche, "Five Neglected Issues about Network Neutrality", in A. Strowel (ed.), *Net Neutrality in Europe -- La neutralité de l'Internet en Europe*, Larcier, Collection de l'IEE de l'USL, 2013, in druk, p. 84.

³⁴⁸ D. Vandermeersch, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 226, met verwijzing naar *H.v.J.*, 14 februari 1978 (*United Brands*), nr. 27/76, *Jur. H.v.J.* 1978, 207, nr. 227.

gevolg van hun transacties met deze laatste geen voordeel of nadeel ondervinden bij de mededinging die zij onderling voeren.³⁴⁹

Wanneer de internettoegangsleverancier evenwel de ongelijke behandeling kan verantwoorden door *objectieve economische gronden*, zal hem geen inbreuk kunnen worden aangewreven. Net als bij leveringsweigering (*supra*) dient dus een onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin de gedraging onderdeel uitmaakt van een plan van de internettoegangsleverancier om te discrimineren tussen inhoudsleveranciers of gebruikers enerzijds, dan wel ingegeven is / verantwoord kan worden door andere (bijvoorbeeld technische of juridische) overwegingen.

C.2. Artikel 95 WMPC: verbod onrechtmatige mededinging

Artikel 95 WMPC slaat op gedragingen van zowel dominante als niet-dominante ondernemingen, en voorziet als open norm in een algemeen verbod van B2B³⁵⁰-oneerlijke handelspraktijken ('onrechtmatige mededinging'). Er bestaat in het kader van artikel 95 geen vaste lijst van verboden gedragingen, maar de rechter zal *in concreto* oordelen of een bepaalde praktijk als eerlijk of oneerlijk moet worden aangemerkt.³⁵¹ Net zoals bij artikel 1382-1383 BW (die aan de basis liggen van de bescherming tegen B2B-oneerlijke handelspraktijken),³⁵² vereist de toepassing van artikel 95 WMPC drie elementen. Het artikel is namelijk van toepassing indien door een daad van een onderneming die met de eerlijke marktpraktijken in strijd is (*fout*), de beroepsbelangen van een andere onderneming worden of kunnen worden geschaad (*potentiële schade in oorzakelijk verband met de fout*). De goede of kwade trouw van de onderneming die tegen de eerlijke marktgebruiken handelt, is irrelevant.³⁵³

Het toepassingsgebied van dit artikel is niet beperkt tot oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen die elkaars concurrent zijn (hoewel het gros van de rechtspraak op dergelijke situaties betrekking heeft). Het kan bijvoorbeeld gaan om vormen van 'parasitaire mededinging' (waarbij men ten onrechte profiteert van de prestaties van andere ondernemingen, bijvoorbeeld door het gebruik van een zelfde of gelijkende handelsnaam of slogan of verpakking), of vormen van 'marktbederf' (bijvoorbeeld het gratis uitdelen van goederen in de buurt van een zaak die moet leven van de verkoop van die goederen), of vormen van 'onwettige mededinging' (waarbij een onderneming door het niet naleven van wettelijke bepalingen – bijvoorbeeld inzake milieu- of veiligheidsnormen, of reclamevoorschriften, enz. – een

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 228.

³⁵⁰ *Business-to-business* (in contrast met B2C-oneerlijke handelspraktijken die zich situeren in de *business-to-consumer*-verhoudingen).

³⁵¹ G. Ballon, *De wet marktprijken – Een eerste commentaar*, Kluwer, 2011, p. 214; C. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief*, Kluwer, 2011, 644 p.

³⁵² J. Stuyck, *Handelspraktijken in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Story-Scientia, 2003, 1, nr. 1.

³⁵³ Cass. 31 januari 1992, *Jaarb. Handelspraktijken 1992*, 259; *RW 1991-92*, p. 1369.

concurrentievoordeel behaalt en op die manier de beroepsbelangen van andere ondernemingen aantast). Dit laatste impliceert dat de stakingsvordering uit de WMPC ook kan worden aangewend om op te treden tegen een misbruik van dominante machtspositie op de markt.

Evenwel kan een overeenkomst of gedraging die in overeenstemming is met de artikelen 2-3 WBEM en 101-102 VWEU, niet als strijdig worden beschouwd met de eerlijke marktpraktijken. Dit wordt de ‘beperkende werking van het mededingingsrecht’ genoemd en houdt in dat je iets niet kan verbieden als ‘oneerlijke concurrentie’ indien het als ‘vrije concurrentie’ is toegelaten.³⁵⁴ de individuele belangen die door de WMPC (vroeger: WHPC) worden beschermd, kunnen slechts aanspraak maken op bescherming tegen mededingingsgedrag voor zover dit gedrag het goed functioneren van de markt belemmert en dus het ‘algemeen economisch belang’ schaadt in de zin van de WBEM.³⁵⁵ In zijn arrest van 7 januari 2000 beëindigde het Hof van Cassatie de jarenlange discussie in rechtspraak en rechtsleer over de hiërarchische verhouding tussen de beide rechtsnormen, maar bracht het tegelijkertijd een belangrijke nuance aan: *“een gedraging van een onderneming die de mededinging beperkt, maar die is toegelaten uit het oogpunt van zowel het Europese mededingingsrecht als van de Belgische wet op de mededinging, kan niet op grond van de verplichting de eerlijke gebruiken in handelszaken na te leven worden verboden **wanneer de beweerde miskennis van die eerlijke gebruiken er in wezen uitsluitend in bestaat de mededinging tussen afnemers te beperken**”*.³⁵⁶

Wanneer er dus in de gelaakte gedraging een ander element te onderscheiden valt dan de beperking van de mededinging, zou een gedraging die met het mededingingsrecht verenigbaar is, toch als oneerlijke handelspraktijk kunnen worden beschouwd (bijvoorbeeld wanneer het tijdelijk verkopen met verlies door een dominante onderneming om andermans klanten af te werven gepaard gaat met misleidende handelingen). Ook bij andere vormen van rechtsmisbruik wordt de leer van de beperkende werking doorbroken en blijft de toets van de eerlijke marktpraktijken onverkort van toepassing. Zo kan een verkoopsweigering of

³⁵⁴ D. Mertens, “Onrechtmatige mededinging: Artikel 95 WMPC”, in Jura Falconis (ed.), *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Intersentia, 2012, p. 102, met verwijzing naar: R. Van Den Bergh, “Over de mededingingsbeperkende werking van de wet handelspraktijken of het verhaal van concurrenten die tegen de concurrentie beschermd willen worden”, *EST*, 1980, p. 421.

³⁵⁵ Cf. H. De Bauw, “Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over de wisselwerking tussen de Wet Handelspraktijken en de Wet Economische Mededinging”, *T.B.H.* 1992, p. 693 (682-699). Over de verschillende doelstellingen van de WBEM en de WMPC (vroeger WHPC), die *grosso modo* worden geacht overeen te komen met de bescherming van het algemeen belang gelegen in een vrije concurrentie respectievelijk van de individuele belangen van concurrenten, en een relativering van dit onderscheid, zie: E. Terryn, “Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C.”, (noot onder Voorz. Kh. Brussel 28 mei 1999 en Voorz. Kh. Brussel 3 juni 1999), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1999, p. 637-640 (629-647). Zie ook: conclusie advocaat-generaal X. De Riemaeker bij Cass. 7 januari 2000, *R.W.* 1999-2000, p. 1269-1272, die de verschillende doelstellingen van de wetten toelicht aan de hand van hun parlementaire voorbereiding, maar hier *niet* uit concludeert dat de WBEM voorrang zou krijgen op de WHPC (nu WMPC).

³⁵⁶ Cass. 7 januari 2000 (*Multipharma Group/Louis Widmer*), *Arr. Cass.*, 2000, p. 40, *Jaarb. Handelspraktijken* 2000, p. 405; *RCJB* 2001, p. 429, noot J. Stuyck; *RW* 1999-2000, 1269, concl. adv.-gen. De Riemaeker; *TBH* 2000, p. 369, noot D. Vandermeersch.

discriminatie inzake contractvoorwaarden door een onderneming zonder dominante positie op de markt alsnog onrechtmatig zijn wanneer het belang van de weigeraar onevenredig is met de schade voor het slachtoffer.³⁵⁷

Volgens de algemene criteria voor rechtsmisbruik bij verkoopsweigeren wordt aangenomen dat er sprake is van rechtsmisbruik wanneer de leverancier *geen belang* heeft bij de weigering (d.w.z. louter het oogmerk heeft te schaden³⁵⁸) of wanneer de weigering een *kennelijk onevenwicht* in de belangen van partijen creëert (d.w.z. wanneer het berokkende nadeel buiten verhouding is met het door de weigeraar beoogde of verkregen voordeel^{359, 360}). De concrete toepassing van de leer van het rechtsmisbruik op verkoopsweigeren levert uiteenlopende invullingen op.³⁶¹ Sommige hoven en rechtbanken hanteren een eerder 'strengere' aanpak, en achten verkoopsweigeren onrechtmatig indien de weigeraar geen objectieve rechtvaardiging naar voor kan brengen.³⁶² Anderen pleiten ervoor om verkoopsweigeren slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden onrechtmatig te beschouwen, en leggen de bewijslast om aan te tonen dat er bijzondere omstandigheden voorhanden zijn die de weigering onrechtmatig maken, bij het slachtoffer.³⁶³

Met andere woorden, de WMPC levert in bepaalde omstandigheden een aanknopingspunt om op te treden tegen internettoegangsleveranciers die bepaalde inhouden of toepassingen zouden blokkeren of toegang zouden aanbieden tegen niet-gelijke voorwaarden (degraderen of prioriteren), ook wanneer zij geen dominante positie hebben op de markt.

³⁵⁷ D. Mertens, "Onrechtmatige mededinging: Artikel 95 WMPC", in Jura Falconis (ed.), *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Intersentia, 2012, p. 104.

³⁵⁸ Uit de afwezigheid van een belang wordt het loutere oogmerk om te schaden afgeleid; J. Stuyck, I. Buelens & D. Counye, "Verkoopsweigeren en eerlijke handelsgebruiken", *T.B.H.* 1995, p. 795 (788-804).

³⁵⁹ Cass. 30 januari 1992, *R.W.* 1993-94, 1023, noot, *R.C.J.B.* 1994, p. 185-240, noot P. A. Foriers. Voor toepassingen in de sfeer van verkoopsweigeren: BRUSSEL 15 september 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1999, 2000, 894-898; ANTWERPEN 22 november 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 345.

³⁶⁰ Het recht om niet te contracteren wordt in dat geval immers uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening door een voorzichtig en bezorgd persoon; cf. Cass. 10 september 1971, *R.W.* 1971-72, p. 321-336, concl. W. Ganshof van der Meersch, noot.

³⁶¹ Voor een illustratie in de communicatiesector, zie bijvoorbeeld de bespreking van de rechtspraak rond de bevoorrading van krantenwinkels in P. Valcke, *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel, Laricier, 2004, p. 675 e.v.

³⁶² Bijvoorbeeld Bruxelles 17 mei 1990, *T.B.H.* 1991, p. 448-460, noot D. Putzeys; VOORZ. KH. VERVIERS 1 oktober 1992 (Bienfait/La Presse Vervioise), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1992, p. 364-366.

³⁶³ Dat de bewijslast met het oog op het aantonen van het onrechtmatig karakter van een verkoopsweigeren op de eisende partij rust, werd expliciet gesteld in: ANTWERPEN 22 november 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, p. 345-357, noot R. De Wit; en VOORZ. KH. NAMEN 28 oktober 1992, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1992, p. 372-379.

D. Synthese

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat - zoals de Europese bepalingen waarvan zij zijn afgeleid - ook de Belgische regels inzake vrije en eerlijke mededinging (WBEM en WMPC) aanknopingspunten bieden om laakbare praktijken van (dominante en niet-dominante) internettoegangsleveranciers ten opzichte van aanbieders van inhoudsdiensten, applicaties en/of toestellen te bestrijden.

Het weze herhaald dat vermeende problematische gedragingen ook kunnen worden tegengegaan of zelfs verhinderd op grond van andere bepalingen die eerder werden besproken, zoals de sectorspecifieke bepalingen inzake elektronische communicatie³⁶⁴ en/of de bepalingen inzake elektronische handel.³⁶⁵

De kans om vermeend anti-concurrentieel gedrag door een internettoegangsleverancier als misbruik in de context van de mededingingsregels aan te merken zal groter zijn naarmate er slechts een geringe mate van concurrentie op de breedband internettoegangsmarkten bestaat, naarmate de kosten voor de van aanbieder wisselende gebruikers hoger zijn, en naarmate de transparantie over de (reële) voorwaarden van de aangeboden breedband internettoegangsdienst geringer is. Precies op deze drie vlakken werd de nationale sectorspecifieke wetgeving inzake elektronische communicatie recent aangepast overeenkomstig de nieuwe Europese aanpak. Het verdient dan ook aanbeveling om het effect van deze wijzigingen eerst in kaart te brengen vooraleer verder wetgevend optreden te plannen. Bij dit laatste dient men zich immers steeds af te vragen of er *überhaupt* een ernstige verstoring van de normale marktwerking dreigt, en of de *regulatory failure* bij een eventueel (preventief) optreden van de overheid niet groter dreigt uit te vallen dan de eventuele *market failure*.

³⁶⁴ Zie deel 1 van dit hoofdstuk.

³⁶⁵ Zie deel 2 van dit hoofdstuk.

4. Netneutraliteit en bescherming van persoonsgegevens

Het beheer van het dataverkeer impliceert noodzakelijkerwijs dat gegevens verwerkt dienen te worden en sommige van deze gegevens vallen onder het toepassingsgebied van de wetgeving tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens. Het IP-adres bijvoorbeeld, dat aan een gegeven toelaat op de netwerken te transiteren, wordt beschouwd als een persoonsgegeven³⁶⁶. Het IP-adres dient aldus verwerkt te worden mits naleving van de privacy-wet³⁶⁷ en van de koninklijke besluiten die genomen werden ter uitvoering van deze wet.

In zijn advies van 2011, heeft de EPDS het volgende onderlijnd: « *Het filteren, blokkeren en controleren van netwerkverkeer roept belangrijke, vaak genegeerde of terzijde geschoven vragen op ten aanzien van de vertrouwelijkheid van de communicatie en de eerbiediging van de privacy en persoonsgegevens van internetgebruikers. Bij bepaalde controletechnieken wordt bijvoorbeeld toezicht gehouden op de inhoud van communicatie, bezochte websites, verzonden en ontvangen e-mails, de tijden waarop dit alles plaatsvindt, enzovoort, waardoor filteren van de communicatie mogelijk is. [...] Met de controle van communicatiegegevens kunnen ISP's inbreuk maken op de vertrouwelijkheid van de communicatie, een grondrecht dat wordt gewaarborgd door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (het „EVRM”) en artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het „Handvest”). De vertrouwelijkheid wordt verder beschermd in afgeleide EU-wetgeving, te weten artikel 5 van de richtlijn e-privacy* »³⁶⁸.

De WEC voorziet inderdaad nog andere regels die het stelsel ter bescherming van de persoonsgegevens in het domein van de elektronische communicatie aanvullen, met name artikel 124:

« Indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere, direct of indirect betrokken personen, mag niemand:

1° met opzet kennis nemen van het bestaan van informatie van alle aard die via elektronische weg is verstuurd en die niet persoonlijk voor hem bestemd is;

³⁶⁶ Zie bijvoorbeeld in dit verband advies nr. 19 van de CBPL van 12 juli 2006, beschikbaar op : http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/advies_19_2006_0.pdf

³⁶⁷ Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens, B.S., 18 maart 1993 (hierna : privacy-wet), beschikbaar op :

³⁶⁸ Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming, Advies van de Europese toezichthouder voor gegevensbescherming van 7 oktober 2011 over netneutraliteit, beheer van verkeersstromen en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens, PbEU, C 34/1, 8 februari 2012 (advies van de EDPS "netneutraliteit en gegevensbescherming"), punten 5-6.

2° met opzet de personen identificeren die bij de verzending van de informatie en de inhoud ervan betrokken zijn;

3° onverminderd de toepassing van de artikelen 122 en 123, met opzet kennis nemen van gegevens inzake elektronische communicatie en met betrekking tot een andere persoon;

4° de informatie, identificatie of gegevens die met of zonder opzet werden verkregen, wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan of er enig gebruik van maken»³⁶⁹.

Het artikel 124 WEC legt het beginsel vast van het geheim van de communicatie die transiteert op de netwerken. Dit beginsel wordt op een ruime manier geformuleerd wat betreft de bestemmingen ervan: vallen onder andere binnen het toepassingsgebied hiervan de netwerkkoperatoren en internettoegangleveranciers. Bijvoorbeeld, wanneer een internettoegangleverancier kennis neemt van een inhoud die niet voor hem bestemd is, begaat hij een overtreding ten aanzien van de specifieke regels die door de WEC voorzien zijn.

Artikel 125, eerste paragraaf van diezelfde wet voorziet nochtans uitzonderingen op dit beginsel:

« § 1. De bepalingen van artikel 124 van deze wet en de artikelen 259bis en 314bis van het Strafwetboek zijn niet van toepassing :

2° wanneer de bedoelde handelingen worden gesteld met als enig doel de goede

werking van het netwerk na te gaan en de goede uitvoering van een elektronische communicatiedienst te garanderen»³⁷⁰.

Deze uitzondering is gunstig voor iedere persoon (operator of internettoegangleverancier) die gegevens verwerkt met als doel de goede werking van zijn netwerk te controleren of om zich te verzekeren van de goede uitvoering van zijn elektronische-communicatiedienst.

Kan men daarentegen beweren dat een dergelijke uitzondering gunstig is voor een netwerkkoperator (of internettoegangleverancier) als deze de gegevens verwerkt die door zijn abonnees op het netwerk verzonden worden met als doel bepaalde inhoud te discrimineren ten voordele van andere (of, eenvoudigweg, het verkeer te behren)? Het antwoord is ja, als het verkeersbeheer tot doel heeft de netwerkkoperator toe te laten zich te verzekeren van de goede uitvoering van de elektronische-communicatiedienst die hij aanbiedt. In concreto, als een netwerkkoperator de congestie van zijn netwerken wenst te vermijden, dan laat deze uitzondering hem toe met opzet kennis te nemen van de gegevens inzake elektronische communicatie betreffende een andere persoon, bijvoorbeeld om het verkeer op nuttige wijze te heroriënteren.

³⁶⁹ Art. 124 LCE.

³⁷⁰ Art. 125 LCE.

Het commentaar op de artikelen van de wet van 10 juli 2012 preciseert evenwel dat « *De uitzonderingen op het principe van artikel 124 dienen te worden geïnterpreteerd op restrictieve wijze* »³⁷¹, dit wil zeggen dat alleen de gevallen die bedoeld worden in artikel 125 als uitzonderingen op dit principe gelden, onverminderd andere bepalingen die eveneens uitzonderingen zouden voorzien³⁷². Als gegevens verwerkt zouden worden om andere redenen dan deze die hierboven vermeld worden, dan verliest de operator of de leverancier het voordeel van deze uitzondering en schendt hij het geheim van de elektronische communicatie.

³⁷¹ Wetsvoorstel houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.*, Kamer, 2011-2012, nr. 53-2143/001, p. 77.

³⁷² Het derde punt van artikel 124 voorziet zelf uitzonderingen met betrekking tot de artikelen 122 en 123, respectievelijk betreffende de gegevens van het verkeer en de lokalisatiegegevens.

Hoofdstuk III: Economische aspecten van netneutraliteit

1. Inleiding

Zoals vermeld in de offerte worden de onderdelen 2 en 4 uit de oproep samen behandeld in dit derde hoofdstuk, gewijd aan de economische en bedrijfsmatige aspecten van de netneutraliteit (NN). De vragen met betrekking tot mededingingsrecht worden behandeld in het juridische hoofdstuk van dit rapport.

Het doel van dit hoofdstuk is om te vertrekken vanuit de identificatie van de belangrijkste algemene factoren die de industriële spanningen bepalen die de discussies omtrent netneutraliteit richting geven. De gedetailleerde beschrijving van het theoretisch kader is in annex geplaatst, om de lengte van de analyse voor de lezer te beperken. Deze annex 'Theoretisch kader: Internet als dubbele platformmarkt' geeft een beschrijving van het ganse waardenetwerk van het internet ecosysteem, met alle relevante bedrijfsrollen, bedrijfsactoren, en de tussen deze actoren circulerende diensten en geldstromen. Ook het belang van platformen en tweezijdige markten voor het internet ecosysteem wordt hier beschreven. Tweezijdige platformmarkten zijn essentieel aan de discussie omtrent netneutraliteit, omdat er zich door industriële dominanties evenzeer vormen van ongeoorloofde prioritisering van IP-verkeer zouden kunnen voordoen bij actoren die controle uitoefenen op andere lagen van de internetarchitectuur, bvb. de applicatielaag van smartphones.

In deze sectie bouwen we onze opinie uit met betrekking tot het mogelijk bestaan van afwijkingen op netneutraliteit, en in welke gevallen deze al dan niet nadelig zijn voor de consument of de innovatie. Om te vermijden dat de analyse eindigt in een te generische stellinginname over de gevolgen van de aan- of afwezigheid van bepaalde vormen van opgelegde netneutraliteit, wordt er rekening gehouden met specifieke kenmerken van het Belgische bedrijfslandschap en cases. Informatie over de industriële cases werd verzameld door middel van desk studie en interviews met de belangrijkste stakeholders (netwerkproviders, mediaspelers, software leveranciers, consumentenorganisaties). Het internet ecosysteem wordt hier geconcretiseerd naar de Belgische situatie, met bijzondere aandacht voor de **leefbaarheid** van het ganse ecosysteem, de impact van **handelsvrijheid** van alle daarin betrokken actoren, en de **keuzevrijheid** van de Belgische consument van internetdiensten.

2. Netneutraliteit binnen een platformeconomie

A. Definitie van netneutraliteit

De netneutraliteit definitie van BEREC wordt hier gevolgd, zoals geïntroduceerd in de publicatie *BEREC Guidelines on Net Neutrality and Transparency: Best practices and recommended approaches* (oktober 2011):

“Net neutrality [is] the principle that all electronic communication passing through a network is treated equally.” (BEREC 2011, p. 7)

Een netwerk gekenmerkt door **zuivere netneutraliteit** is een netwerk waarbinnen een absoluut *a-bit-is-a-bit* principe geldt, dus waarbinnen alle IP-pakketten—ongeacht verzender, inhoud of ontvanger—dezelfde prioriteit genieten. Bij momenten van netwerkcongestie worden de IP-pakketten verwerkt op een “first come, first serve” basis. Het dient vermeld dat netneutraliteit in deze zuiverste vorm niet bestaat eens content of applicatie providers (bvb. Google voor hun YouTube dienst) investeren in het verbeteren van hun eigen diensten. Het doel van deze werkdefinitie van netneutraliteit is om op basis hiervan een beschrijving te kunnen maken van de impact die een regulering van netneutraliteit zou kunnen hebben op de consument enerzijds, en de mate van innovatie binnen het internet ecosysteem anderzijds.

Afwijking van netneutraliteit. Er is sprake van een afwijking op het principe van zuivere netneutraliteit eens er een *managed lane* wordt gecreëerd waarbinnen IP-pakketten bij momenten van congestie ‘voordelig’ of ‘prioritair’ worden behandeld en de niet-prioritaire pakketten ‘worden gedropt’. Er sprake van een *sterke* afwijking op het principe van zuivere netneutraliteit indien bepaalde diensten of protocollen systematisch en volledig worden geblokkeerd.

Doorheen dit document vermijden we een waardeoordeel door niet te automatisch spreken over ‘inbreuken op netneutraliteit’, maar systematisch te spreken over ‘afwijkingen van netneutraliteit’. We onderscheiden immers positieve en negatieve afwijkingen van netneutraliteit.

White papers uit de industrie ‘framen’ vaak onmiddellijk de discussie omtrent de wenselijkheid van netneutraliteit. Naargelang de industriële invalshoek van deze opinies worden ingrepen op netneutraliteit gedefinieerd als ‘inbreuken’ of ‘verbeteringen’. In onze analyse maken we de stap van de vele geciteerde cases van “afwijkingen op het zuivere end-to-end principe van het internet”, naar de “wenselijkheid van deze ingrepen vanuit het oogpunt van de consument”. We gaan wel uit van de veronderstelling dat een volledig blokkeren van bepaalde diensten juridisch niet zal toegestaan zijn of bedrijfseconomisch een onzinnige optie is. In wat volgt wordt ingegaan op prijssignalen (i.e. toestaan dat industriële actoren een ‘tiered pricing’ model introduceren) de consumentenervaring en afgeleid het industriële ecosysteem kunnen verstoren.

De kernvraag vanuit een consumenteneconomisch standpunt is dan, indien ontdaan van alle franjes, of de consument *voor een variabel gemaakte internetervaring* al dan niet moet betalen, en of deze hiervoor al dan niet iets in plaats krijgt.

B. Definities 'double lane internet' en 'investeren'

Het hier gebruikte concept van 'investeren' wordt relatief gedefinieerd ten opzichte van de nulsituatie van de voortdurende investeringen die operatoren in elk geval doen in het verbeteren van hun netwerken, getuige de steeds hogere snelheden die op de Belgische markt worden gehaald en aangeboden.

Investeren wordt hier als synoniem gezien met het investeren *bovenop* de voortdurende verdere uitbouw van het *public lane* internet. Ook aan deze bijkomende investering verbinden we geen waardeoordeel, door deze niet bij voorbaat een positieve of negatieve connotatie te geven.

De hier gebruikte definitie van investeren is geïnspireerd door o.a. het BEREC antwoord op Vraag 5 van de consultatie van de Europese Commissie van 2011³⁷³, en een rapport van 2011 aangevraagd door het *Committee on the Internal Market and Consumer Protection* van het Europese Parlement³⁷⁴.

Uit het BEREC antwoord, p. 9-10:

"'Best effort' betekent dat er geen gegarandeerd niveau van performantie is (noch middels prioritering, noch middels een garantie dat data zal afgeleverd worden) zonder noodzakelijk en lage kwaliteit te impliceren. Het algemene principe is dat alle traffic aanvragen worden aanvaard [...]. In gevallen waar de maximale transportcapaciteit is bereikt resulteert dit in een algemene verlaging van de kwaliteit. "Best effort" netwerken zoals het Internet maken ook gebruik van dataverkeer management functies, alhoewel deze minder stringent en gesofistikeerd zijn dan bij 'beheerde diensten' ("managed services") omgeving, om de om het dataverkeer in de netwerken te controleren.

'Beheerde diensten' ('managed services') zijn ontworpen om bepaalde kenmerken te garanderen (e.g. end-to-end kwaliteit of veiligheid). Deze kenmerken worden over het algemeen vermeld in contractuele overeenkomsten. [...]

Een 'twee rijvakken' ('two lanes') aanpak gebaseerd op een duidelijk onderscheid tussen deze twee categorieën is van belang omdat transparantie zal nodig zijn van operatoren die deze twee types diensten wensen aan te bieden. 'Best effort' Internet en beheerde diensten zullen vaak naast elkaar moeten bestaan en vaak dezelfde infrastructuur delen. Het is daarom belangrijk om eindgebruikers

³⁷³ BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010,

http://www.irg.eu/streaming/Bor_10_42_BEREC_response_ECconsultation_Net_neutrality_final.pdf?contentId=546969&field=ATTACHED_FILE .

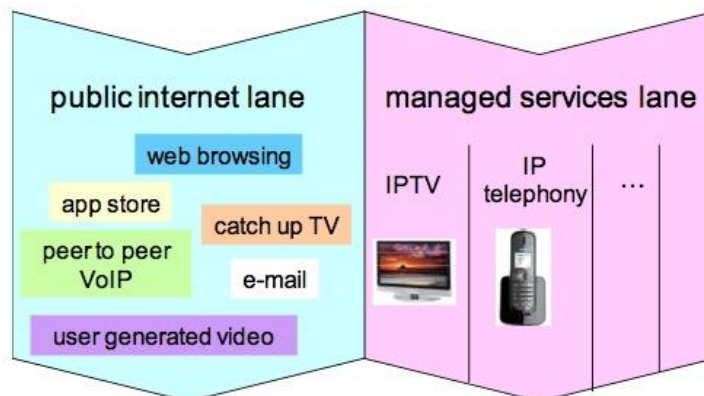
³⁷⁴ S. Marcus, P. Nooren, J. Cave, K. Carter (2011) 'Network Neutrality: Challenges and Responses in the EU and in the US', May 2011, European Parliament IP/A/IMCO/ST/2011-02, PE457.369. URL: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25266/20110825ATT25266EN.pdf> .

(inclusief content-, applicatie-, en dienstenaanbieders) toe te laten om het type dienst te kunnen kiezen dat het best aan hun noden beantwoordt. [...]".³⁷⁵

Uit het rapport van Marcus *et al.* 2011 (p. 38) de volgende paragraaf en figuur 6 uit dezelfde publicatie:

"De co-existentie van diensten en applicaties over het publieke Internet met beheerde diensten leidt tot het zogenaamd twee rijvakken ("two lane") model. In het two-lane model wordt de breedbandconnectie van een eindgebruiker gebruikt om deze zowel Internet Access als een aantal beheerde diensten aan te bieden".³⁷⁶

Figure 6: Two Lane model over a single broadband access



Figuur 2: "Two lane"-model over een enkele breedbandaansluiting

Een eerste belangrijke premisse is dat de in dit document behandelde discussie rond netneutraliteit het bestaan van **business-to-business netwerken**, met hun specifieke Service Level Agreements, **buiten scope** beschouwt. Het betreft hier immers privénetwerken die worden gehuurd door bedrijfsklanten, en waarbinnen vele afwijkingen op het zuivere principe van netneutraliteit bestaan die in het kader van het consumenteninternet onaanvaardbaar zouden zijn, zoals het volledig blokkeren van publieke en legitieme webdomeinen (bvb. YouTube, Facebook) die de

³⁷⁵ Door ons vertaalde tekst: " Best effort means that there is no guaranteed level of performance (nor priority nor a guarantee for the data to be delivered) without necessarily impling a low quality. The general principle is that all traffic demands are accepted [...]. In cases where the maximum transport capacity is reached this will result in an overall decrease of quality. Best effort networks like the Internet also use traffic management functions, although less stringent and sophisticated than in the managed services environment, to control the traffic flow in the networks. Managed services are designed to provide guaranteed characteristics (e.g. end-to-end quality or security). These characteristics are generally stated in contractual arrangements. [...] A 'two lane' approach based on a clear distinction of these categories is interesting because transparency should be requested from operators regarding the provision of these two types of service. Indeed, best effort Internet and managed services have to coexist and often share the same infrastructure resources. It is therefore important to enable end-users (including content/application/service providers) to choose the type of service that best suits their need. [...]"

³⁷⁶ Door ons vertaalde tekst: "The co-existence of (services and applications) over the public Internet and managed services leads to emergence of the so-called two-lane model. In the two-lane model, the broadband access connection of an end user is used to provide him both with the Internet Access Service and a number of managed services."

werkgever als niet essentieel beschouwt voor het uitvoeren van de werkopdracht door de werknemers.

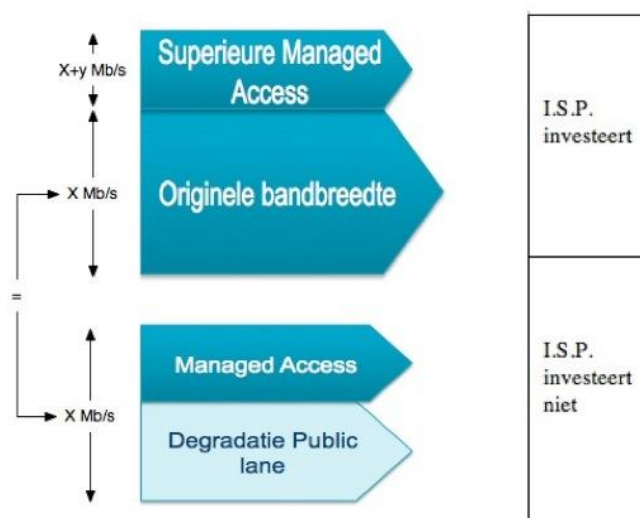
De focus ligt in dit document enkel op de internetervaring zoals die wordt aangeboden aan particuliere consumenten, hetzij door operatoren, hetzij door dienstenaanbieders uit de media- of de softwarewereld.

Op basis van de teksten van BEREC kunnen drie mogelijke scenario's worden onderscheiden wat betreft het soort internetwerkdienst aangeboden aan de eindconsument (zie illustratie hieronder). Links staat de "originele public lane", of de nulsituatie van investeringen in een steeds sneller netwerk. Middenin staat een scenario waarbij een operator investeert in een superieure *managed lane*, waarbinnen specifieke diensten kunnen worden gealloceerd die (voortdurend, of op momenten van netwerkcongestie) prioritair worden doorgelaten. Rechts staat een scenario waarbij de operator geen bijkomende capaciteit creëert voor de *managed services*, maar binnenin de originele *public lane* een *managed lane* creëert, en de resterende capaciteit aanbiedt als *public lane*.



Figuur 3: Overzicht verschillende scenario's

Het creëren van een superieure *lane* bovenop de bestaande capaciteit wordt hier gedefinieerd als '**operator investeert**', terwijl het degraderen van de *public lane* om een *managed lane* te kunnen introduceren hier wordt gedefinieerd als '**operator investeert niet**', zoals hieronder geïllustreerd.



Figuur 4: Overzicht verschillende scenario's

Deze definitie heeft als voordeel dat het de contrasten tussen de stellingnamen van de sterkste voorstanders en tegenstanders van netneutraliteitswetgeving op scherp stelt. Tegenstanders van regulering vinden dat het uitbouwen van een *public lane* netwerk ook al investeren is, terwijl we hier benadrukken dat deze investeringen eigenlijk een gegeven zijn. Voorstanders van een sterke pro-netneutraliteit regulering laten soms na te erkennen dat ook het uitbouwen van een kwaliteitsvolle *managed lane* een investering is, waarvan minstens over kan nagedacht worden op welke wijzen deze *managed lane* zowel consumentensurplus als innovatie kan stimuleren.

Het dient vermeld dat de fundamentele economische rationale van operatoren op de consumentenmarkt is om zoveel mogelijk internettoegang te verkopen, en ze bijgevolg geen belang hebben bij het te klein maken van hun *public lane*. Enkel als de winstmarges of het strategische belang van bepaalde diensten op de *managed lane* voor de operator interessant zijn, kan er een hypothetisch risico ontstaan dat de operator de *managed lane* (tijdelijk³⁷⁷) groter maakt ten nadele van alle andere diensten (die dan moeten vechten voor hun plaats op de beperkte *public lane* capaciteit), om bepaalde lucratieve of strategische diensten prioritair te kunnen aanbieden.

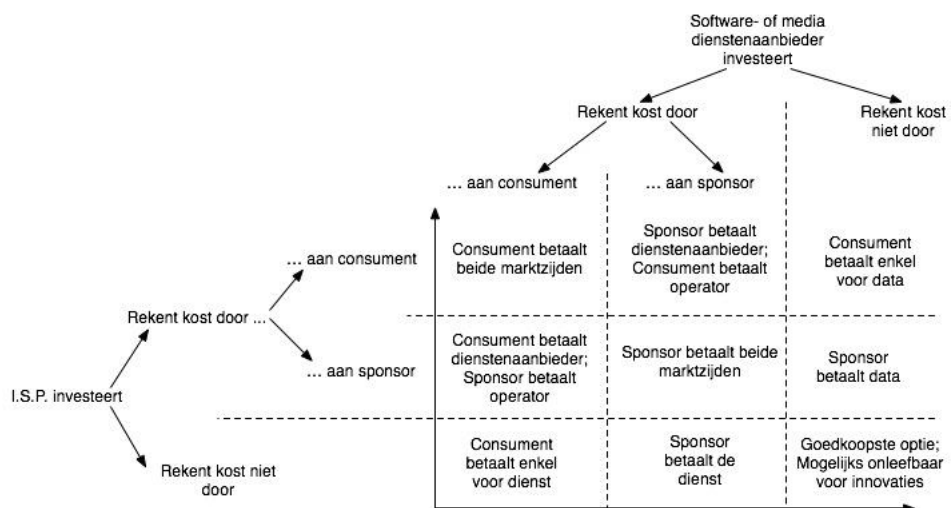
Dit probleem valt opnieuw weg als deze prioritering op vraag van de consument zelf gebeurt, of als er voldoende concurrentie is waardoor de consument kan veranderen van operator.

Een eerste boomstructuur van mogelijke scenario's kan worden uitgetekend waarbij de betrokken actoren investeren, en deze investeringskosten al dan niet doorrekenen (of kunnen doorrekenen) aan de consument of aan een derde partij ('sponsor').

Rekening houdend met de literatuur rond platformmarkten vermelden we de typische twee marktzijden van de platformmarkt het internet ecosysteem, met links de **Internet Service Provider (ISP)** en bovenaan de **content- of applicatie dienstenproviders (CAP)**, die elk voor de investeringskeuze en de keuze van het al dan niet doorrekenen van kosten (dus: het genereren van inkomsten) staan. Of ze kosten kunnen doorrekenen is vanzelfsprekend afhankelijk van de marktdynamiek rondom de dienst die ze wensen te introduceren, zoals het aantal andere concurrenten van gelijkaardige dienst.

De sponsor kan zowel de andere zijde van de markt zijn (de ISP sponsort de CAP, of vice versa), maar kan ook een actor uit eender welke ander industrieel domein zijn. Concreet houdt bvb. niets een energiebedrijf tegen om de kosten voor dergelijke diensten te dragen.

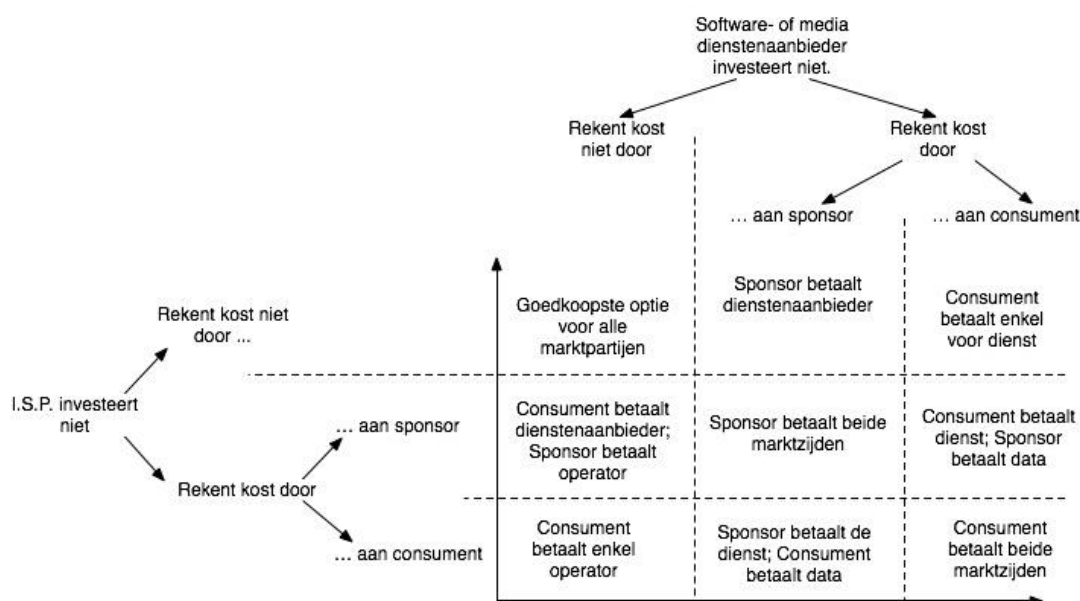
³⁷⁷ Technisch gezien is de lijn tussen *managed lane* en *public lane* dynamisch: op momenten van congestie zou men kunnen prioriteit geven aan bepaalde IP-pakketten. Het bestaan van een *managed lane* is dus geen statisch gegeven.



Figuur 5: Overzicht verschillende scenario's

Een eHealth dienst bijvoorbeeld zal zich, naargelang de formule van het aanbod (consument betaalt volledig ... mutualiteit betaalt volledig), in een van deze kwadranten bevinden. Vanuit een kosten-baten perspectief is de beste optie voor de consument vanzelfsprekend die waar noch de dienstenaanbieder noch de I.S.P. rechtstreekse kosten doorrekenen, maar meestal worden diensten minstens door advertenties ondersteunt. Naarmate men naar rechtsbeneden opschuift dreigt het risico van economische onleefbaarheid voor de betrokken industriële actoren (tenzij de overheid subsidieert, en dus optreedt als sponsor).

Een gelijkaardige, tweede boomstructuur kan worden uitgetekend voor de negatieve scenario's waarbij de betrokken industriële partijen niet investeren in het verbeteren van de consumentenervaring, maar desalniettemin in toenemende mate zouden kunnen (proberen) om kosten door te rekenen naar de consument of een sponsorende partij.



Figuur 6: Overzicht verschillende scenario's

De onderstaande tabellen brengen deze twee boomstructuren samen in één overzichtstabel. In deze tabellen gaan we er steeds van uit dat er een afwijking plaatsvindt op het ideaal van 'volledige netneutraliteit', ofwel door de netwerkprovider, ofwel door de media- of softwaredienstenaanbieder. De analyse gaat dus onmiddellijk in op de volgende vraag of deze partijen de variabele internetervaring doorrekenen (kosten van betere '*managed lane*' worden doorgerekend) of niet.

Ten eerste representeert elke cel in de onderstaande tabellen een relatie tussen verscheidene variabelen, waarbij andere variabelen als constant worden beschouwd (*ceteris paribus*). Bijvoorbeeld het al dan niet aanwezig zijn van een economische recessie zal een impact hebben op de relatie tussen het al dan niet investeren van meerinkomsten in een superieure dienstverlening.

Ten tweede worden de relaties, om redenen van duidelijkheid en contrast, vaak binair afgebeeld, terwijl er een gans continuüm van cases kunnen bestaan tussen 'investeert' en 'investeert niet'.

Ten derde worden een aantal relaties als lineair beschouwd, alhoewel deze evengoed curvilineair kunnen zijn in sommige gevallen.

Van elke relatie kan er in principe een wetenschappelijk artikel en/of een business case bestaan die de interactie tussen deze dimensies illustreert. De tabellen bevinden zich bijgevolg op een hoger niveau van analyse dan afzonderlijke cases of wetenschappelijke artikels die vaak slechts één relatie uitlichten.

C. Kosten

Deze tabel toont de verscheidene combinaties van al dan niet doorgerekende kosten aan de consument. Groen is het meest positieve scenario voor de consument; rood het meest negatieve. (Kleuren ook vermeld voor zwart-wit printversies van dit document.) Door de tabelstructuur is de overgang tussen de cellen abrupt, terwijl hier eigenlijk een driedimensionaal dal zou kunnen getekend worden, waar het diepste punt de groene cel is (= laagste kost voor de consument), en uitlopers heeft naar de vier uithoeken (=hoogste kosten voor de consument). Zie voetnoten voor de bijkomende verklaring.

			Content of Applicatie Providers				
			Investeert in QoS/E		Investeert niet QoS/E		
			Rekent kost door ³⁷⁸		Rekent niets door	Rekent kost door zonder beter diensten	
			100% aan consument	100% aan sponsor	Kost intern gedragen / Geen meerkost	100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert in superieure managed lane bovenop public lane	Rekent kost door 379	100% aan consument	Rood	Oranje	Geel	Oranje	Rood
		100% aan sponsor ³⁸⁰	Oranje	Geel ³⁸¹		Geel	Oranje
ISP investeert niet (creëert managed line binnenin bestaande capaciteit)	Rekent de kost niet door / Geen meerkost	Kost intern gedragen /	Geel		Groen		Geel
		Geen kosten					
	Rekent kost door (degradatie 'public lane')	100% aan sponsor	Oranje	Geel		Geel	Oranje
		100% aan consument	Rood	Oranje	Geel	Oranje	Rood

Logischerwijs verslechtert het kostenplaatje voor de consument naargelang de bedrijfsfactoren 'ISP' en 'Content of Applicatie Providers' kosten doorrekenen,

³⁷⁸ We gaan er van uit dat het "gemengde model"—waarbij een onderneming zowel kosten doorrekent aan de consument als aan een sponsor—impliceert dat deze onderneming voor *een mix* van sponsoring+betaling kiest *die optelt tot 100%*. We gaan m.a.w. niet uit van een nog negatiever scenario waar de kost van 'reclame bekijken' *gecumuleerd* wordt met 'betalen', maar een realistisch scenario waarbij dienstenaanbieders kiezen voor een optimale mix van inkomstenstromen die de ontwikkelingskost dekt + mogelijke winstmarge genereert, zonder de marktadoptie in gevaar te brengen door overdadige bedragen te vragen aan consumenten of adverteerders.

³⁷⁹ In deze rij investeert de I.S.P. in een betere *managed lane*, **en** verkoopt deze superieure dienst aan de consument of aan een sponsor (deze laatste kan de dienstenaanbieder zijn, of enige andere externe partij). Zie o.a. Clark, D., B. Lehr, S. Bauer, P. Faratin, R. Sami and J. Wroclawski (2006), "Overlay Networks and the Future of the Internet", Communications & Strategies, 63, third quarter, 1-21.

³⁸⁰ "Rekent kost door aan sponsor" slaat hier op sponsors in de breedste zin van het woord. Dus niet enkel 'adverteerders betalen een deel', maar ook 'een factuur wordt gestuurd naar enig welke andere partij.'

³⁸¹ We gaan er van uit dat de kost voor de consument van het consumeren van reclame lager is dan het rechtstreeks moeten betalen van een extra bedrag. (De kost voor reclame kan worden uitgedrukt in 'deels verloren tijd'.) Daarom is het vak linksboven waar de consument twee keer rechtstreekse kosten wordt aangerekend donkerder dan dit vak, waar de consument twee keer reclameboodschappen moet aanvaarden.

ongeacht of deze bedrijfsactoren wel of niet investeren in een verbeterde dienst. In deze tabel zijn de twee centrale assen waarbij respectievelijk de ISP (horizontale centrale as) of de dienstenaanbieders (verticale centrale as) geen kosten doorrekenen—ongeacht of ze daadwerkelijk investeringen hebben gedaan—wat het kostenplaatje betreft het minst negatief voor de consument.

Dit beeld kan worden vervolledigd door in beeld te brengen of de consument iets in ruil krijgt voor zijn aangegane kosten. Deze inclusie van baten komt aan bod in de volgende tabel.

D. Baten

Deze tabel gaat uit van de uiterst gestileerde vuistregel dat investeringen zich lineair vertalen in een betere dienstverlening voor de eindconsument. Waar zowel de ISP als de dienstenaanbieder investeren kleuren de cellen groen. Waar geen der partijen deze inspanning doen kleuren de cellen rood.

			Content of Applicatie Providers					
			Investeert in QoS/E			Investeert niet QoS/E		
			Rekent kost door		Rekent kost niet door		Rekent kost door	
			100% aan consument	100% aan sponsor			100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert ³⁸²	Rekent kost door	100% aan consument	Groen	Groen	Groen	Geel	Geel	Geel
		100% aan sponsor	Groen	Groen	Groen	Geel	Geel	Geel
	Rekent kost niet door	Kost intern gedragen	Groen	Groen	Groen	Geel	Geel	Geel
I.S.P. investeert niet ³⁸³	Geen meerkost	Geen meerkost	Geel	Geel	Geel	Rood	Rood	Rood
	Rekent 'kost' door (degradatie public lane) ³⁸⁴	100% aan sponsor	Geel	Geel	Geel	Rood	Rood	Rood
		100% aan consument	Geel	Geel	Geel	Rood	Rood	Rood

Indien zowel dienstenaanbieders als I.S.P.'s investeren in verbeterde diensten, komt dit ten goede van de consument. In de scenario's linksboven krijgt deze het meest waar voor zijn geld, in de scenario's rechtsbeneden het minst.

Indien we deze batenzijde combineren met de kostenzijde voor de consument, verkrijgen we de volgende tabel.

³⁸² Pro memorie: 'Investeert' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *bovenop* een public lane'.

³⁸³ 'Investeert niet' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *binnenin* de public lane'. (Dus de managed lane connectie gaat ten koste van de beschikbare bandbreedte in de public lane).

³⁸⁴ In deze rij creëert de ISP een 'managed lane' en 'public lane', maar realiseert dit onderscheid door de kwaliteit van de 'public lane' te degraderen, en rekent meer aan voor de 'managed lane' die eigenlijk niet verschilt met de snelheden/stabiliteit/betrouwbaarheid van de vroegere 'public lane'.

E. Kosten-baten

Indien men het kostenplaatje voor de consument uit de eerste tabel combineert met de batenzijde van verbeterde dienstverlening uit de tweede tabel verkrijgt men een gestileerd kosten-baten overzicht.

			Content of Applicatie Providers					
			Investeert in QoS/E			Investeert niet QoS/E		
			Rekent kost door		Rekent kost niet door		Rekent kost door	
			100% aan consument	100% aan sponsor			100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert	Rekent kost door	100% aan consument	Geel	Geel		Geel	Oranje	Oranje
		100% aan sponsor	Geel		Geel	Geel	Geel	Oranje
	Rekent kost niet door	Kost intern gedragen		Groen	Groen		Geel	Geel
I.S.P. investeert niet	Geen meerkost	Geen meerkost	Geel	Geel		Geel	Oranje	Oranje
	Rekent 'kost' door (degradatie public lane)	100% aan sponsor	Oranje	Geel	Geel	Oranje	Oranje	Rood
		100% aan consument	Oranje	Oranje	Geel	Oranje	Rood	Rood

Alhoewel de kostenimpact voor de consument het meest negatief was in de scenario's in de vier hoeken van het raster, toont de kosten-baten tabel dat het vooral de scenario's rechtsbeneden zijn die negatief zijn voor de consument. Het betreft scenario's waar de consument het minst terugkrijgt voor de hoogste meerkost. De meest positieve kosten-baten verhouding voor de consument kunnen meer centraal in het raster gesitueerd worden.

F. Innovatie

Aangezien we tegelijk een beschrijving wensen te geven van de impact van netneutraliteitskwestie op de consumentenzijde als op de textuur van innovaties binnen het techno-economische ecosysteem van het internet, toont deze tabel de kans dat er bijkomende investeringen en innovaties zullen gebeuren in de markt, zowel in de netwerkinfrastructuur (NW) als aan de eindnodes (EN).

Deze tabel verschilt hierin van de batentabel dat innovatie hier als een industrieel positieve variabele wordt beschouwd voor het industriële ecosysteem, terwijl de batentabel enkel aan de verbeterde dienstverlening naar de consument toe aandacht besteedt.

Content of Applicatie Providers								
			Investeert in QoS/E				Investeert niet QoS/E	
			Rekent kost door		Rekent kost niet door		Rekent kost door	
			100% aan consument	100% aan sponsor			100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert	Rekent kost door	100% aan consument	Hoogste NetWork & End Node investeringen	Hoogste NetWork & End Node investeringen	Medium	Medium		Oranje
		100% aan sponsor	Hoogste NetWork & End Node investeringen	Medium	Medium			
	Rekent kost niet door	Kost intern gedragen	Medium	Medium				Oranje
I.S.P. investeert niet	Geen meerkost	Geen meerkost	Medium				Oranje	Oranje
	Rekent kost door (degradatie public lane)	100% aan sponsor			Oranje	Oranje	Rood	Rood
		100% aan consument				Oranje	Oranje	Laagste NetWork & End Node investeringen

De rationale achter deze tabel is dat investeringen een functie zijn van de inkomsten die gemobiliseerd worden door alle betrokken partijen, van de aanbodzijde (de ISP en/of de dienstenaanbieder), en/of van de vraagzijde (de consument en/of sponsors). Alhoewel deze relatie complexer is dan hier kan worden voorgesteld, kan als algemene heuristische regel worden aangenomen dat, in een goed functionerende

markt, meerinkomsten zullen geherinvesteerd worden om een voorsprong te behouden op concurrenten die gelijkaardige diensten aanbieden.

De tabel gaat uit van de gestileerde veronderstelling dat een ISP meer kan investeren wanneer hij 100% doorrekenent aan de consument in ruil voor duidelijke netwerkverbeteringen (eerste rij), dan wanneer hij niets investeert maar toch tracht een hogere kost door te rekenen aan de consument (laatste rij).

Vanuit de invalshoek van welke scenario's de meeste middelen vrijmaken om te herinvesteren in verbeterde dienstverlening, blijkt dat de scenario's een continuüm vormen. Gecombineerd met de vorige kosten-baten analyse waar de meer centrale cellen positiever waren, blijkt hier dat, indien gecombineerd met in welke gevallen er wordt aangerekend voor dienstenverbetering, er in ruil hiervoor meer geld zal vrijkomen voor investeringen.

G. Kosten-baten + Innovatie

Deze laatste tabel combineert de kosten-batenanalyse naar de eindconsument toe met de kans dat er verdere investeringen en innovaties zullen gebeuren door de marktspelers. Deze invalshoek is onvolledig indien niet gecombineerd met een appreciatie of er geen sprake is van een inefficiënte marktwerking, waar later wordt op teruggekomen.

			Content of Applicatie Providers					
			Investeert in QoS/E			Investeert niet QoS/E		
			Rekent kost door		Rekent kost niet door		Rekent kost door	
			100% aan consument	100% aan sponsor			100% aan sponsor	100% aan consument
I.S.P. investeert	Rekent kost door	100% aan consument	Groen	Groen	Groen			Geel
		100% aan sponsor	Groen	Groen				Geel
	Rekent kost niet door	Kost intern gedragen	Groen	Groen	Groen			Geel
I.S.P. investeert niet	Geen meerkost	Geen meerkost				Geel	Oranje	Oranje
	Rekent kost door (degradatie public lane)	100% aan sponsor	Geel	Geel	Geel	Oranje	Rood	Rood
		100% aan consument	Geel	Geel	Geel	Oranje	Rood	Rood

Alhoewel de kostenimpact voor de consument het negatiefst was in de scenario's in de vier hoeken, en de kosten-batenanalyse een voorkeur voor de centrale scenario's toonde, toont een combinatie van de kosten-batenanalyse met de innovatie-impactanalyse dat het kwadrant linksboven wat toegevoegde waarde voor het ganse ecosysteem betreft duidelijk de meest positieve uitkomst biedt.

Bij wijze van voorlopige conclusie kan gesteld worden dat het creëren van een *managed lane*, waarvan de kosten worden doorgerekend aan de consument, niet intrinsiek negatief hoeft te zijn. Er moet enkel over gewaakt worden dat de nieuwe *managed lane* daadwerkelijk beter is dan de voorgaande "public lane". De lakmoestest om van een dergelijke verbetering te kunnen spreken is of deze diensten aanvaard worden door de consument. In een goed functionerende markt kan de consument kiezen of de dienst waarvoor geld wordt gevraagd werkelijk beter is dan andere dienstvormen. Indien niet, kan hij/zij naar alternatieven uitwijken.

De zone rechtsbeneden is dus nog extra risicovol naarmate we te maken hebben met een inefficiënte markt, waar lock-in door een ISP of een dienstenaanbieder mogelijk is. In die gevallen zou competitie-regulering kunnen in werking treden.

De hieronder uitgewerkte tabel beschrijft een aantal diensten die zouden kunnen voorkomen per cel.

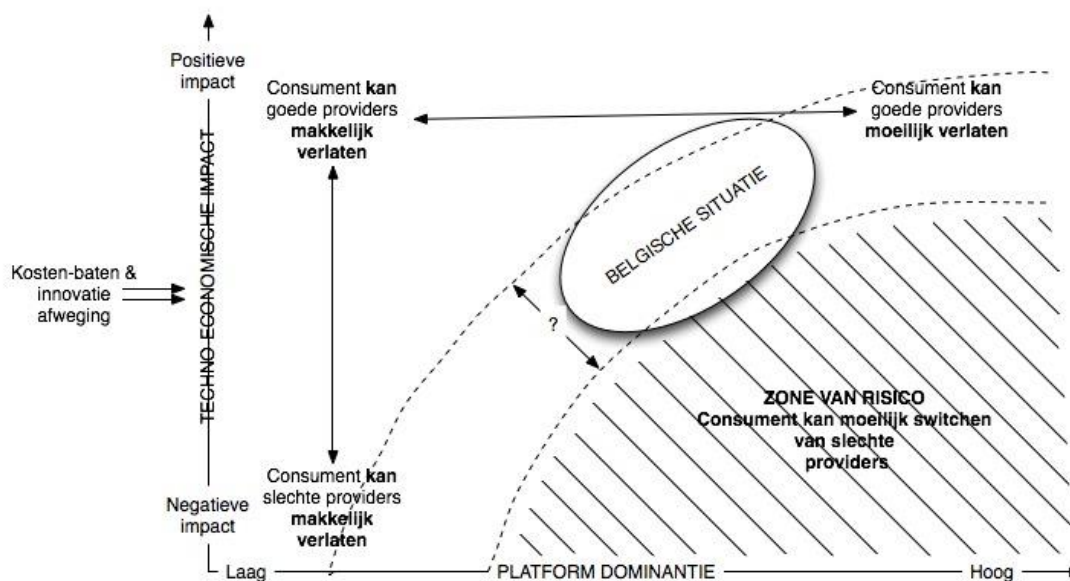
				MARKTZIJDE 2: CONTENT- OF APPLICATIE DIENSTENPROVIDERS (CAP)					
				Investeert in QoS/E (veronderstelt eindige capaciteit)			Investeert niet in QoS/E (“grijpt” alle capaciteit)		
				Rekent transmissiekost door		Rekent transmissiekost niet door		Rekent transmissiekost door	
				100% aan consument	100% aan sponsor	Geen meerkost doorgerekend / Kost intern gedragen		100% aan sponsor	100% aan consument
MARKTZIJDE 1: TELECOMMARKT	I.S.P. investeert	Rekent kost door	100% aan consument	CAP over Superieure Managed Lane & Consument... .. Sponsor betalen (Bvb. Bandwidth-on-demand voor teleconferencing. Voor eHealth services met SLA.)		CAP over superieure managed lane & Consument betaalt... .. Sponsor betaalt 1 marktzijde: de Telco speler		CAP over Managed Lane & Sponsor Consument betalen 2 marktzijden: Telco én dienstenaanbieder	
			100% aan sponsor						
		Rekent kost niet door	Kost intern gedragen	Superieure Managed Lane & Consument betaalt dienstenaanbieder (Betalende VOIP) Public Lane access & Consument betaalt voor dienst	Superieure Managed Access & Sponsor betaalt (Gesponsorde VOIP) Public Lane access & Sponsor betaalt dienst	Superieure Managed Lane gesponsord door Telco. (Bvb.: Facebook-Telco bundel /iTunes Telco-bundels) Aanbieder investeert zelf investeert niet		Superieure Managed Lane & Sponsor Consument betalen 1 marktzijde: dienstenaanbieder	
			Geen meerkost			Public Lane access gesponsord door Telco. (Bvb.: Facebook-Telco bundel /iTunes Telco-bundels) Aanbieder investeert zelf investeert niet		CAP over Public Lane. Sponsor Consument betalen 1 marktzijde: de dienstenaanbieder	
	I.S.P. investeert niet	Rekent kost door (degradatie public lane)	100% aan sponsor	Bvb. consument betaalt Spotify & Spotify betaalt (niet-investerende) Telco	Bvb. consument betaalt Spotify & Spotify wordt gesponsord (soms door Telco)	Bvb. Smart-TV over Public lane & Sponsor betaalt Telco. Aanbieder Aanbieder investeert investeert niet		Prioritering binnen Public Lane & Sponsor Consument betalen 2 marktzijden (Telco en dienstenaanbieder)	
			100% aan consument	Bvb. Smart-TV over Public lane + HW producent investeert zelf + consument betaalt extra aan beide marktzijden.	Bvb. Smart-TV over Public lane + TV HW producent koopt capaciteit + sponsor betaalt beide marktzijden.	Bvb. Smart-TV over Public lane + HW producent wil niet betalen of (kan geen) geld vragen aan consument of sponsor	Bvb. Smart phone met native app pakketten geprioriteerd	Prioritering binnen Public Lane van dienst. Consument betaalt Telco & Sponsor betaalt dienstenaanbieder	Prioritering binnen Public Lane van dienst & Consument betaalt aan Telco en dienstenaanbieder

H. Kosten-baten en Innovatie tabel geprojecteerd op platformdominantie.

De gestileerde tabellen geven een helikopterzicht op de kosten-baten verhouding en het innovatiepotentieel, maar zijn onvolledig indien niet gecombineerd met de problematiek van platformdominantie.

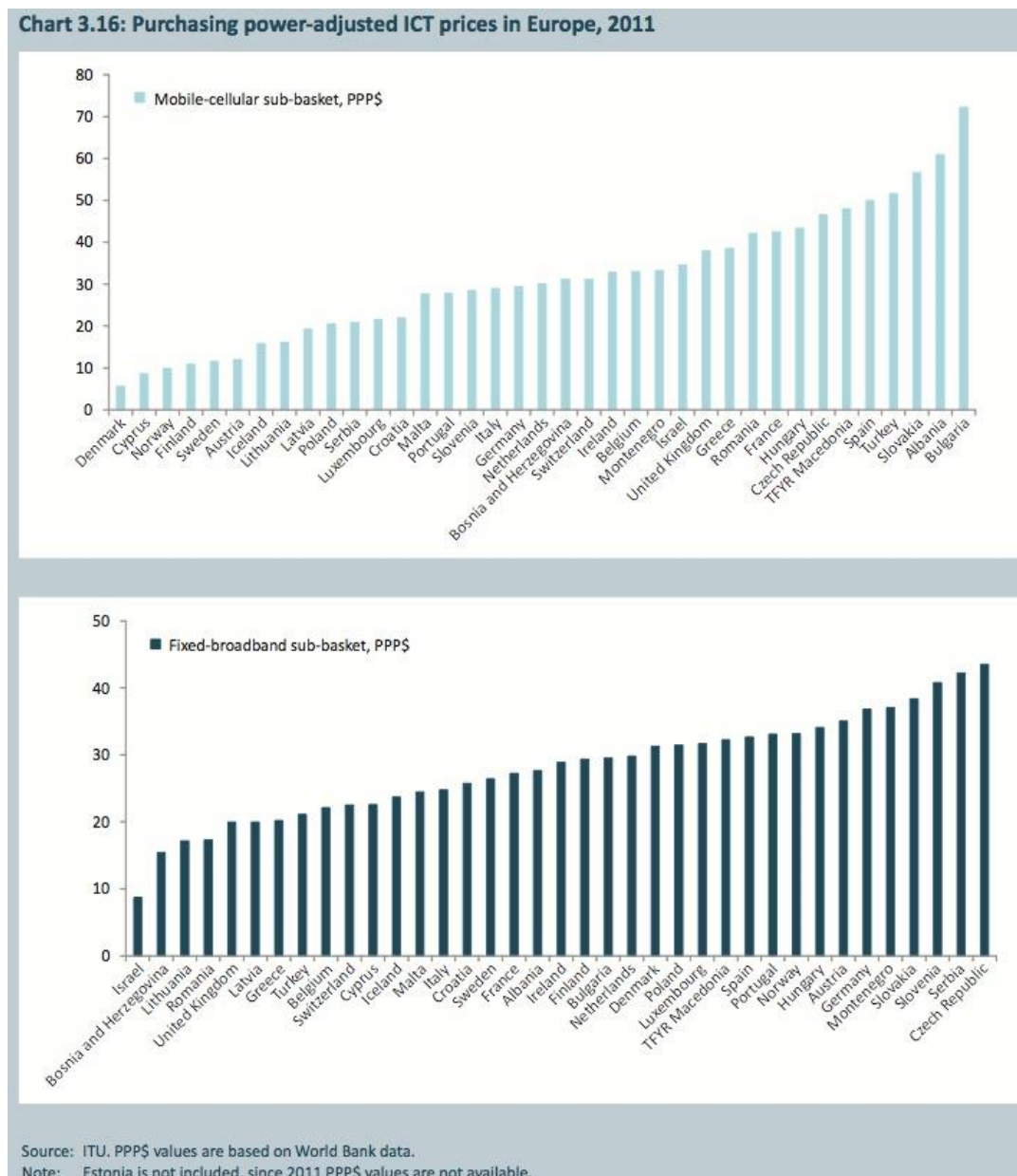
De tabellen kunnen geprojecteerd worden op één as van “kwaliteit van de markt”. De onderstaande figuur ordent op de verticale as de meest scenario's wat techno-economische impact betreft van laag (laagste investeringen in innovatie gecombineerd met hoogste kosten voor de consument of sponsors) naar hoog (investeringen in innovatie, al dan niet te gelde gemaakt bij betalende consumenten of sponsors).

Op de horizontale as kan de mate van platformdominantie van de operatoren worden geplaatst. Traditioneel wordt hiervoor als één mogelijke indicator de Herfindhal-Hirschman index gebruikt, die duidt op marktconcentratie. In de ganse linkerzone is er sprake van lage platformdominantie, waardoor de consument de vrijheid heeft om hetzij slechte, hetzij in sé goede providers, te verlaten. De kwadranten links beneden en rechtsboven zijn empirisch het zeldzaamst, aangezien concurrentie verondersteld wordt innovatie te stimuleren. Sommige unieke (historische) factoren kunnen echter evengoed markten creëren zoals het kwadrant links beneden, waar consumenten een vrije keuze hebben tussen een groter aantal kwalitatief minder waardevolle spelers, of het kwadrant rechtsboven, waar een tendens tot oligopolisering toch samen gaat met een techno-economische positieve impact. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in heel jonge markten zoals de markt der mobiele apps waar een uiterst beperkt aantal spelers (zoals Google en Apple met hun respectievelijke iOS en Android applicatiemarkten) tegelijk de markt domineren maar toch voortdurend innoveren, precies omdat de markt nog jong en volatiel is.



Figuur 7: Overzicht verschillende scenario's

Wat betreft de markt der operatoren meent het BIPT (experteninterview 17 mei 2013) dat de Belgische situatie zich situeert zoals gemarkeerd op de figuur. De Belgische markt vormt een beperkt speelveld met een aantal actoren die weliswaar gekenmerkt worden door aanmerkelijke marktmacht, maar er is geen probleem van zuivere monopolisering. Tegelijk investeren deze spelers voldoende regelmatig in innovaties van hun dienstenaanbod. De International Telecommunications Union situeert de Belgische prijzen voor breedbandinternet, indien gecontroleerd op koopkracht (i.e. PPP) binnen de Europese top tien wat vast breedband betreft, maar rond het Europees gemiddelde wat mobiel internet betreft.³⁸⁵

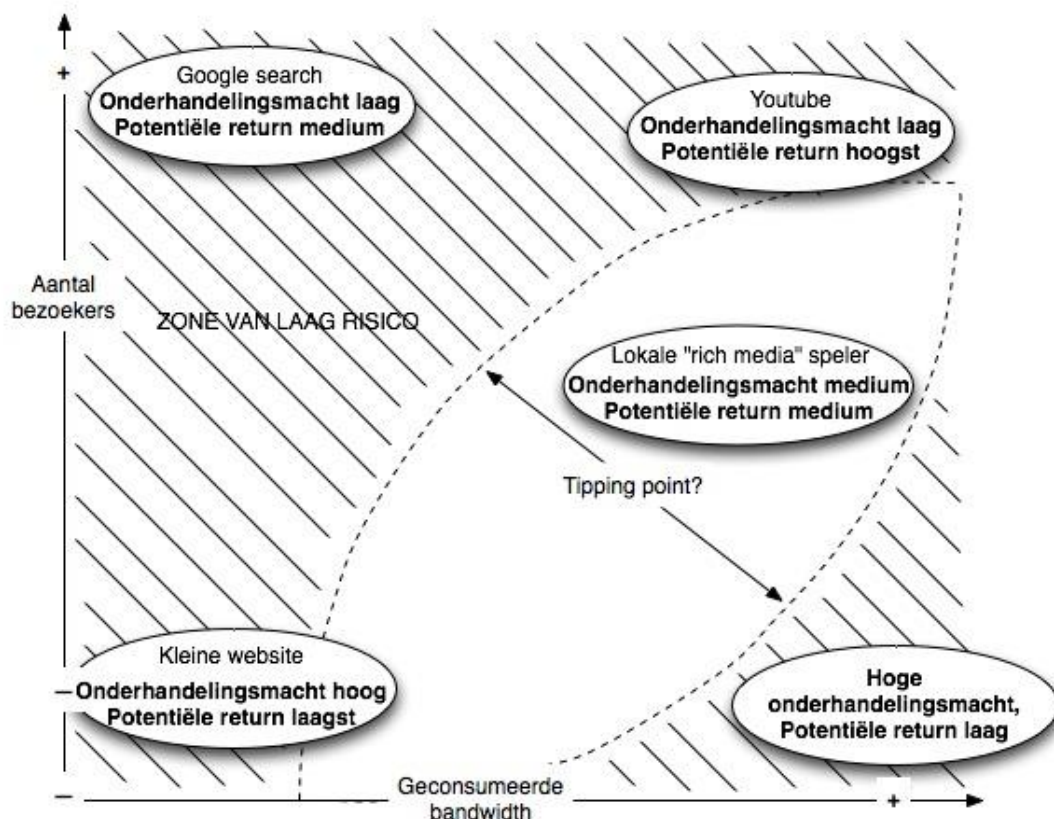


Figuur 8: Mobiel en Fixed Internet prijzen, gecontroleerd op koopkracht.

³⁸⁵ P. 107, chart 3.16 van ITU 2012, Measuring the Information Society. http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2012/MIS2012_without_Annex_4.pdf

De ITU wijst wel op de methodologische moeilijkheden om mobiel breedband internationaal te vergelijken. Het bestaan van sterk variërende abonnement en pre-paid formules tussen en binnen landen veroorzaakt deze onvergelykbaarheid.

Het al dan niet bestaan van platformdominantie heeft een rechtstreekse relatie met de **onderhandelingsmacht** die bepaalde spelers kunnen hebben tegenover bepaalde dienstenaanbieders. Onderstaande figuur toont hoe de onderhandelingsmacht van operatoren ten opzichte van dienstenaanbieders verkleint naarmate bepaalde domeinen meer bezoekers hebben.



Figuur 9: Overzicht verschillende scenario's

De relatieve onderhandelingsmacht van operatoren is weliswaar groot bij kleine 'niche' websites, maar de verbruikte bandbreedte is daar dermate klein dat de business case niet kan gemaakt worden om een bijdrage te vragen aan deze dienstenaanbieders, gezien de administratieve overhead die een dergelijke monitoring zou veroorzaken, nog los van imagooverlies voor de operatoren indien men kleine spelers een dergelijke tol zou opleggen. Operatoren zouden dan moeten bijhouden hoeveel en hoe vaak klanten naar bepaalde domeinen hebben gesurft—wat op zich al een inbreuk op de privacy wetgeving kan zijn—om op basis daarvan een afrekening te kunnen maken. De potentiële return blijft laag aan de rechtsbeneden zijde, waar zich kleine 'media rich' websites bevinden die veel trafiek genereren. Ook hier worden operatoren geconfronteerd met dezelfde imago- en privacyproblematiek.

De business case versterkt naarmate een internetdienst uitzonderlijk veel trafiek genereert, zoals bvb. YouTube met haar streaming videos die steeds vaker in een bijna-High Definition formaat worden aangeboden. Een kleine bijdrage van deze dienstenaanbieders zou hogere opbrengsten kunnen realiseren. Ironisch genoeg neemt de onderhandelingsmacht van operatoren echter af naarmate een dienst populairder is bij de consumenten. Indien operatoren sommige van deze dienstenaanbieders zoals Google (Youtube) of Facebook zouden aanschrijven kunnen we ten eerste op theoretische basis voorspellen dat indien deze laatste dit zouden weigeren en hun domein zouden weghalen van deze operatoren, dit een destructief commercieel effect zou hebben op de klantenbasis van de operatoren.

Naast de theoretische deductie dat de onderhandelingsmacht van operatoren onvoldoende groot is om een zogenaamde tolheffing in te voeren, kan er ook empirisch worden waargenomen dat telecom operatoren er wereldwijd uiterst zelden in slagen om een dergelijke Google Tol in te voeren, zelf in markten die veel minder concurrentieel zijn dan de Belgische. Het enige internationale voorbeeld van een Google Tol is een specifiek akkoord dat is bereikt tussen Orange en Google in Frankrijk (zie cases).

3. Belgische cases

We gaan in de bespreking van de Belgische cases uit van de premisse dat het blokkeren van *legitieme DNS entries* (dus niet: door een rechtbank opgelegde blokkering, zoals de thepiratebay.org case in België) een duidelijke inbreuk door de operator op een basisprincipe van het internet.

Er zijn, vanuit het oogpunt van het waardenetwerk gezien, een negatieve en een positieve invulling mogelijk van netneutraliteit, afhankelijk van welke actor het initiatief tot netwerkmanagement neemt. De negatieve invulling is diegene waarbij de consument geen expliciete vraag tot prioritering richtte aan zijn netwerkdienstenprovider. (sectie 3.2.1) De positieve invulling wordt voor de volledigheid behandeld in sectie 3.2.2, alhoewel deze niet problematisch is.

A. Voorbeelden van ongevraagde prioritering

Respect My Net, een initiatief van Laquadrature.net, *Bits of Freedom* (bof.nl) en enkele individuele vrijwilligers, aggregeert mogelijke inbreuken op het principe van netneutraliteit binnen Europa. De cases vermeld voor België vermeld op <http://respectmynet.eu/list/> zijn hier allen besproken. Deze beperkte lijst is verder aangevuld met de hypothetische of buitenlandse cases 'Google Tax', Facebook Bundel, Public Hotspot en Deutsche Telekom.

De door respectmynet.eu gerapporteerde gevallen van operatoren die het thepiratebay.org domein blokkeren valt buiten scope van de problematiek van netneutraliteit, aangezien deze ingreep was opgelegd door een gerechtelijke uitspraak. Ook respectmynet catalogeert deze blokkering als buiten scope.

Case a) Blokkeren van SMTP port 25

Port 25 wordt door een aantal operatoren geblokkeerd voor uitgaande mails van particulieren. Dit staat de operatoren toe limieten op te leggen aan het aantal verstuurd mails van een klant, en is dus gejustificeerd als maatregel tegen spam. Bij deze operatoren kunnen geen e-mails verzonden worden indien men andere SMTP server instellingen gebruikt voor uitgaande mail dan degene opgegeven door de provider. Toegepast door o.a. EDPnet: http://en.wiki.edpnet.be/index.php/E-mail_limits en Belgacom <http://postmaster.belgacom.be/?c=faq&l=nl#port25> , <http://postmaster.belgacom.be/?c=faq&l=fr#port25> . Indien men als klant toch wenst grote volumes mails te verzenden naar een grote groep geadresseerden binnen een kleine tijdsspanne, bestaat steeds de mogelijkheid om over te schakelen op een professioneel pakket.

Case b) 'Google Tax'

Onder 'Google tax' wordt begrepen het heffen van een tol door de operator aan een content- of applicatiedienstenprovider. Orange en Google bereikten een akkoord met betrekking tot de dataconsumptie van Google-diensten over het mobiele netwerk. De details van dit akkoord zijn niet publiek gemaakt. Forbes³⁸⁶ rapporteerde dat de dominante positie van Orange in het Afrikaanse continent hier een doorslaggevende rol zou gespeeld hebben.

Wat de Google-Orange case betreft kan men opmerken dat deze overeenkomst enkel op het mobiel dataverkeer slaat. Er kan dus verwezen worden naar het hierboven ingenomen standpunt dat naarmate de schaarste aan bandbreedte op de mobiele netwerken zal afnemen, ook hier dergelijke overeenkomsten zullen verdwijnen. Immers, Google zal bereid geweest zijn om te betalen voor een verzekerde Quality of Service van haar diensten over mobiele netwerken, precies omdat de capaciteit nog schaarser is over deze netwerken dan over vaste. De vraag

³⁸⁶ Forbes, 20/01/2013, Why Orange's Dominance in Africa Forced Google To Pay For Traffic Over The Mobile Network. <http://www.forbes.com/sites/ewanspence/2013/01/20/why-oranges-dominance-in-africa-forced-google-to-pay-for-traffic-over-their-mobile-network/>

wordt dus snel of er hier evengoed geen sprake kan zijn van marktverstoring ten voordele van Google, met haar grote financiële slagkracht, en ten nadele van kleinere aanbieders van streaming video websites.

Wat de Belgische markt betreft kunnen er voor deze case van 'een door de operator opgelegde heffing' echter geen voorbeelden gevonden worden.

Case c) Facebook-bundel

In België bestaan mobiele dienstenbundels waar de trafiek van bepaalde populaire internetdiensten als Twitter of Facebook niet wordt opgeteld bij het maandelijks toegestane datavolume.³⁸⁷ Indien het de proactieve keuze is van een netwerkbeheerder om bepaalde dienstenaanbieders te prioriteren, zonder dat deze dienstenaanbieders hierom gevraagd hebben (laat staan dat de uitgesloten dienstenaanbieders hierom gevraagd hebben), dan is er effectief sprake van een afwijking op netneutraliteit in haar zuivere vorm.

Deze case toont echter dat de operator in deze niet alleen geen onderhandelingsmacht heeft ten opzichte van de populaire internetdiensten, maar dat deze diensten zelfs ongevraagd voordelige behandeling krijgen. Dit kan weliswaar het "winner takes all" effect op het internet versterken, maar dit is het onderwerp van een problematiek van dominanties binnen de markt van applicatie dienstenproviders. Een dienst als Facebook is immers dominant geworden zonder ingreep van operatoren, niet dankzij de ingreep van operatoren.

Immers, indien het bezitten van controle over netwerken een doorslaggevende succesfactor zou zijn bij het succesvol doorbreken van internetdiensten, dan zouden er van alle succesvolle internetdiensten volwaardige alternatieven uit het veld van de telecommunicatie bestaan. Er kan echter worden waargenomen dat telecomspelers niet de typische snelle groeistrategie van internetdiensten kunnen imiteren. Mocht dat wel het geval zijn, dan bestonden er voor Google, YouTube, Flickr, eBay, Amazon of Facebook telkens even succesvolle voorbeelden uit de telecomwereld.

Zolang operatoren dergelijke dienstenbundels aanbiedt en niet ongevraagd geld aanrekent aan de concurrerende dienstenaanbieders, zal de consument toegang blijven hebben tot het ganse scala aan internet initiatieven via de public lane.

Case d) Public Hotspot.

In deze case reserveert men een deel van de hotspot capaciteit voor de creatie van een publieke hotspot door een deel van de WiFi-router open te stellen voor andere klanten van dezelfde operator.

Vooreerst is dit niet problematisch indien de consument de vrijheid heeft om thuis een eigen WiFi-router aan te sluiten op de internetconnectie. Ten tweede is dit niet problematisch als de consument transparant geïnformeerd werd over deze restrictie,

³⁸⁷ <http://www.mobistar.be/nl/aanbod/gsm-abonnementen/dolfijn>

en hij/zij kan veranderen naar een dienstenpakket waar deze functionaliteit niet bestaat.

Ook in de toekomst moet de consument ingelicht worden over het feit dat een bepaald deel van hun capaciteit gereserveerd is voor bepaalde diensten, met correcte aanduiding van welk deel er wordt geprioriteerd en op welke momenten.

Het gedeeltelijk publiek delen van een hotspot is ironisch genoeg een initiatief afkomstig van het internet (FON) waar operatoren eerst zeer negatief tegenover stonden. Nu de operatoren meestappen in het verhaal om WiFi internet (waarbij de *roamende* mobiele consument dus vaak geen datakosten moet betalen) breder toe te staan, wordt er negatief op gereageerd door de consumentenorganisaties. Dit is een innovatie die ten goede komt van alle klanten van een bepaalde operator, waarbij de klanten die niet willen gebruik maken van dit netwerk deze functionaliteit kunnen uitschakelen. (Belgische cases: VOO Wi-Free, Telenet hotspots, Belgacom FON-hotspots.)

Case e) Deutsche Telekom: Het voordelig behandelen van eigen diensten

Een afwijking op netneutraliteit kan problematisch zijn indien operatoren tegelijk eigen diensten hebben in de content- of applicatiestroom, en deze prioriteren in een “managed lane” ten nadele van concurrerende diensten. Een voorbeeld hiervan is de Duitse case met Deutsche Telekom, zoals beschreven in Der Spiegel van 25 april 2013.³⁸⁸

Deze case toont tegelijk aan dat de Belgische operatoren niet dergelijke marktdominantie bezit die hen in een relatief sterke onderhandelingspositie plaatst tegenover de meeste dienstenaanbieders. Er dient enkel over gewaakt worden dat de Belgische markt niet verstoord wordt bij de opkomst van gelijkaardige Over-The-Top Video diensten zoals de aangekondigde komst van *Netflix*³⁸⁹ of de in experimentele fase zijnde dienst *Stieve*³⁹⁰ van VMMA, SBS en VRT.

³⁸⁸ Der Spiegel 2012, ‘Flat-Rate Fiasco: Telekom Plan to Limit DSL Worries Berlin’. <http://www.spiegel.de/international/business/government-wary-of-telekom-limits-on-flat-rate-dsl-access-a-896435.html>

³⁸⁹ De Standaard 17/05/2013, ‘Netflix komt naar België’. http://www.standaard.be/cnt/DMF20130517_013

³⁹⁰ VRT 20/02/2013, ‘Stieve, TV kijken via App’. <http://www.vrt.be/nieuws/2013/02/stieve-tv-kijken-app>

B. Door klant gevraagde prioritering

Voor de volledigheid vermelden we een aantal cases waarbij er een afwijking op netneutraliteit in de meest zuivere definitie van de term wordt gevraagd door de klant. Deze cases beschouwen we tegelijk buiten scope voor eventuele regulering, maar illustreren tegelijk hoe afwijkingen op netneutraliteit ook gewenst kunnen zijn door de consument of de bedrijfsklant.

Case a) Content- of applicatie dienstenprovider investeert in betere dienstverlening

Indien het een actieve keuze is van de dienstenaanbieder zelf om de eigen dienst te verbeteren, dan is dit een positieve, eigen keuze voor netwerk management. Op zich valt dit buiten scope van deze studie, aangezien zuivere bedrijfscontracten onder de verzameling van private netwerken vallen. Deze case is desalniettemin relevant om te vermelden, aangezien ze het spiegelbeeld is van de eerder besproken case van Deutsche Telekom.

Als bijvoorbeeld Google zelf investeert in een datacenter, dan is dit een positieve keuze van die onderneming voor het verbeteren van de eigen diensten naar de consument toe. Ook indien deze speler in plaats van een eigen datacenter te bouwen zou aankloppen bij bepaalde operatoren voor het huren van capaciteit op hun datacenter (een dienst die de meeste operatoren aanbieden), om zich te verzekeren van een goede gebruikerservaring bij de bezoekers van hun diensten, dan is dit een positieve keuze van alle betrokken partijen, alhoewel dit in sé ingaat tegen de zuivere definitie van netneutraliteit.

Case b) eHealth diensten: geprioriteerd op vraag van de klant / patiënt / dokter.

Een tweede verzameling van diensten is denkbaar waarbij er prioritering van de datatrafiëk wordt geïmplementeerd op vraag van de eindconsument. Een concreet voorbeeld zijn eHealth diensten die kritieke informatie over een patiënt prioritair doorsturen naar de relevante contactpersoon. Een mobiele app die een consument installeert om eventuele hartproblemen te monitoren zal gepaard gaan met een vraag tot prioritaire communicatie naar de hulpdiensten, al dan niet terugbetaald door het ziekenfonds. Het betreft dus een dienst waarbij de ISP prioriteert, maar (indien nodig) investeert om deze dienst de hoogste QoS te garanderen, en waarbij de kost wordt gedragen door een 'sponsor' (mutualiteit al dan niet in combinatie met een private zorgverzekering) en de patiënt.

Gelijkaardige diensten zijn denkbaar die voortbouwen op eCall diensten³⁹¹, waar het Europese *Memorandum of Understanding* reeds is ondertekend door België.³⁹²

³⁹¹ http://ec.europa.eu/information_society/activities/esafety/ecall/index_en.htm

³⁹² eCall Memorandum of Understanding:
http://ec.europa.eu/information_society/activities/esafety/doc/library/mou/list_of_signatures.pdf

Aangezien deze verzameling diensten prioritering beogen op vraag van de klant is deze afwijking van netneutraliteit niet problematisch.

4. Conclusie: Naar een reglementering van problematische platformdominantie

Zoals beschreven in de theoretische bijlage bij dit hoofdstuk, is het internet een voorbeeld van een tweezijdige platformmarkt. Netneutraliteit wordt door sommige auteurs onnodig beperkt tot het veld van de netwerkdiensten, terwijl problematische afwijkingen op netneutraliteit breder moet gezien worden als een symptoom van een specifiek soort platformdominantie, waarbij de eigenaar van het platform (hetzij binnen de netwerkwereld, hetzij binnen de softwarewereld) IP-pakketten van eigen diensten prioritair behandelt. De klassieke netwerkregulatorische discussie zou dan ook moeten worden uitgebreid naar een bredere discussie over platformregulering.

Het beperken van de discussie rond netneutraliteit tot operatoren is empirisch veroorzaakt doordat het aanbod qua aantal operatoren relatief lager ligt dan van content- of software-dienstenaanbieders op het internet. Echter, op het domein van bestuursystemen voor smart phones is de markt eveneens gekenmerkt door een beperkt aantal spelers. Het subveld van Operating Systems wordt momenteel gedomineerd door Android (van Google) en iOS (Apple).

Verkoop Smart phones per OS 4de kwartaal 2012³⁹³:

Bedrijf	Android	iOS (Apple)	Asha Full Touch (Nokia)	Blackberry (RIM)	Windows Mobile (Microsoft)	Bada (Samsung)	Symbian (Nokia)
Omzet 4 ^{de} kwartaal 2012 (in mio)	144,7	43,5	9,3	7,3	6,2	2,7	2,6

Ook deze andere actoren in de internetwaardeketen zouden de consument of de innovatie kunnen schaden door middel van IP-pakket prioritering. Bijvoorbeeld, een zelfde vorm van niet-transparant gecommuniceerde prioritering van IP-pakketten zou kunnen toegepast worden door een hardwarefabrikant van smart phones, die op de applicatielaag (al dan niet op momenten van congestie) prioriteit geeft aan IP-pakketten met header informatie aan de hand waarvan de hardwarefabrikant kan weten wanneer het eigen pakketten betreft en wanneer het pakketten van “non-native” trafiek betreft.

Er kan dus sprake zijn van mogelijks te reguleren afwijkingen op netneutraliteit indien de volgende vier factoren zich gelijktijdig zouden voordoen in het smart phone ecosysteem:

³⁹³ Gartner 13 februari 2013, 'Gartner Says Worldwide Mobile Phone Sales Declined 1.7 Percent in 2012'. <http://www.gartner.com/newsroom/id/2335616>

Prioritering: Indien *SmartphoneX* op de applicatielaag binnenkomend internetverkeer van *niet-SmartphoneX* apps non-prioritair, en IP-trafiek van eigen apps prioritair behandelt. Deze prioritering is reeds een afwijking op ‘zuivere end-to-end principes van netneutraliteit’, maar niet noodzakelijk schadelijk voor de consument of het innovatiepotentieel indien de volgende factoren afwezig zijn.

Ongeoorloofde prioritisering: *SmartphoneX* reserveert (bij momenten van congestie) een % van de capaciteit voor IP-trafiek voor eigen *SmartphoneX* apps. Apps van andere aanbieders worden dan (tijdelijk) beperkt binnen de resterende bandbreedte.

Platformdominantie: De regulator observeert een blijvende dominantie van een bepaalde speler, die binnen een duidelijk gedefinieerde markt zowel consumenten als concurrenten in een wurggreep houdt.

Onvolwaardige alternatieven: Hoge switching kost voor consument of aanbieder van diensten die wil veranderen van platform.

Er kan wel vermeld worden dat de prijselasticiteit van content- en softwarediensten gemiddeld veel hoger ligt voor software dienstenproviders dan voor breedbanddiensten. Er wordt bijvoorbeeld 0,59% marktverlies waargenomen in de markt voor DSL en 1,465% marktverlies voor kabel bij een relatieve prijsverhoging (t.o.v. concurrentie) van 1% volgens Rappoport et al 2003.³⁹⁴ De prijselasticiteit van softwarediensten ligt echter beduidend lager, tenzij in enkele unieke gevallen van marktdominantie, zoals de Microsoft vs. Europese Commissie case die eindigde met een boete voor marktmisbruik. De markt van mobiele besturingssystemen is momenteel nog te jong en te veel in flux om al van een definitieve marktdominantie te kunnen spreken.

A. Tijdelijke schaarste

De netneutraliteit discussie is in sé een discussie over schaarse capaciteit. Over vaste netwerken is de discussie geluwd omdat het stuk voor “public lane” voldoende is voor alle content- of applicatie dienstenproviders. Over mobiele netwerken is de discussie nog niet geluwd. Maar indien telecom operatoren blijven investeren in snellere netwerken (LTE), dan zou ook daar het probleem zichzelf oplossen. Dit gaat uit van de premisse dat een “acceptabel” (juristen zullen hier een correctere terminologie kunnen gebruiken) percentage gevrijwaard blijft voor de *public lane*.

De specifieke BBC iPlayer case beschreven in annex illustreert hoe discussies rond netneutraliteit optreden op momenten dat de netwerkcapaciteit nog schaars is voor een specifiek soort nieuwe diensten—in dit geval streaming video van de Britse openbare omroep—maar dat deze disputen vanzelf verwateren naarmate de capaciteit van het internet netwerk groeit.

³⁹⁴ P. Rappoport, D. Kridel, L. Taylor, J. Alleman, and K. Duffy-Deno (2003), “Residential Demand for Access to the Internet,” in G. Madden ed., *Emerging Telecommunications Networks: The International Handbook of Telecommunications Economics Vol. I*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 55–72.

In afwachting van meer capaciteit kan de volgende redenering worden gevolgd met betrekking tot de vrijwaring van openheid van het internet. Het risico ontstaat dat als operatoren niet mogen investeren in bepaalde diensten die duurder op de markt worden aangeboden, omdat netneutraliteitswetgeving geen prijsvariaties toestaat, de netneutraliteitswetgeving zou verhinderen om de capaciteit van het internet netwerk continu te verbeteren. Paradoxaal genoeg zou netneutraliteit wetgeving als ongewenst effect kunnen hebben dat de verbetering van een steeds beter netwerk trager verloopt, terwijl de inkomsten van betalende diensten een subsidiëringeffect kunnen hebben voor de niet-betalende diensten.

B. Advies

Ten eerste is ons advies vanuit een bedrijfseconomische invalshoek, gezien er niet meteen erg problematische afwijkingen van netneutraliteit kunnen waargenomen worden binnen de Belgische markt, om een niet-restrictieve aanpak te volgen, waarbij een aantal afwijkingen op netneutraliteit weliswaar afgeraden worden, maar waarbij operatoren en dienstenaanbieders de vrijheid krijgen om te blijven experimenteren met variërende dienstenpakketten en bijhorende prijsvariaties. Operatoren bezitten dan de vrijheid om te experimenteren met nieuwe business modellen, wat hen er toe in staat stelt verder te investeren in zowel het *public lane* als *managed lane* voor diensten die deze behoeven.

Dit advies impliceert wel dat de bestaande wetgeving rond eventuele mededingingsproblemen en de transparante informatie aan de klant volledig in voege blijft. De consument moet transparant worden ingelicht over de voorwaarden van zijn contract, en moet voldoende vrijheid hebben om te veranderen van operator indien hij niet wenst te kiezen voor een bundel waar bepaalde diensten geprioriteerd worden.

Ten slotte is de problematiek van netneutraliteit een pan-Europees fenomeen, en is er nood aan pan-Europese definities van *managed lane*, *public lane*, *netneutraliteit* etc., om tot een landenoverstijgende aanpak te komen.

De eerder beperkte bestaande economische literatuur over het netneutraliteitsthema^{395, 396} concludeert dat in monopolie- en duopolie-modellen zowel consumenten als content- en applicatieproviders niet exclusief nadelen kunnen ondervinden van afwijkingen op netneutraliteit in de meest zuivere zin, maar ook voordeel kunnen halen (gedefinieerd als welvaartstoename) uit een zgn. 'network management regime' indien de kwaliteit van de managed lane aangeboden

³⁹⁵ G. Knieps, (2010) Network neutrality and the Evolution of the Internet. Discussion Paper, Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik No. 135.

<https://portal.uni-freiburg.de/vw/files/files-publikationen/disk/disk135>

³⁹⁶ J. Krämer & L. Wiewiorra (2009), Network Neutrality and Congestion-Sensitive Content Providers: Implication for Service Innovation, Broadband Investment and Regulation. Karlsruhe Institute of Technology, Munich Personal RePEc Archive, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/22095/1/MPRA_paper_22095.pdf

door de ISPs effectief hoger ligt. Zelfs een monopolist zal investeren in een managed lane als de toegevoegde waarde in termen van welvaart voor de consument zodanig hoog is dat dit de monopolist kan toestaan zijn prijzen te verhogen. In scenario's van een betere marktconcurrentie dan het monopolie-model zullen actoren investeren in het creëren van toegevoegde waarde voor de consument, zelfs als men niet tegelijk de vraagprijzen kan verhogen.

Sommige niet-academische white papers stellen dat de dynamiek tussen Internet Service Providers en Content- en Applicatie service providers een “zero sum game” is, waar het toestaan dat de ene marktzijde kosten aanrekent noodzakelijkerwijs in het nadeel is van de andere marktzijde³⁹⁷. In de meer geformaliseerde economische literatuur hebben we voor deze stelling geen bewijs gevonden.

Netneutraliteitsregulering kan er toe leiden dat operatoren niet meer over voldoende financiering beschikken om de vereiste investeringen voor de ontwikkeling van kwaliteitsinternet te blijven maken. Het vrij laten van de prijssetting voor diensten die variëren in toegevoegde waarde staat de ISPs toe geld te verdienen dat opnieuw kan geïnvesteerd worden in het verder uitbouwen van hoogwaardiger netwerken.

Indien deze prijsvrijheid wordt ontnomen bestaat het gevaar dat de infrastructuurinvesteringen opdrogen, wat negatieve gevolgen heeft hogerop in de waardeketen voor de infrastructuurleveranciers, en negatieve gevolgen verder in de waardeketen voor de consumenten wiens internetervaring kan leiden onder een netwerk dat onvoldoende capaciteit heeft.

Een gelijkaardige reflectie zou ook kunnen worden gedaan voor problematische afwijkingen in de principes van netneutraliteit door andere dominante technologiespelers. Indien regulering van netneutraliteit enkel geldt voor operatoren, ontstaat de indruk dat het sommige content- of software-dienstenaanbieders zijn die via de introductie van netneutraliteitsregulering Quality of Service willen afdwingen van de telecom industrie, zonder dat ze moeten onderhandelen met individuele operatoren. Indien een dienstenaanbieder echter een dienstverlening wenst die beter is dan de *public lane*, dan is de huidige praktijk nog steeds dat deze zelf investeert in krachtiger servers en een snellere upstream connectie. Dat een dienstenaanbieder eist dat de *public lane* tegelijk Quality of Service moet garanderen, is daardoor een contradictie. Indien een dienstenaanbieder een verhoogde QoS wenst, dan is er steeds de B2B markt der private netwerken.

Dat netneutraliteit nodig is om lokale spelers te beschermen is een zwak argument. Het zijn net de grote spelers als Google die voldoende eigen middelen hebben om hun diensten te verbeteren in het netwerk, en precies kleinere lokale spelers die middels samenwerkingsverbanden met professionele operatoren de kwaliteit van de consumentenervaring van hun aanbod zouden kunnen garanderen.

³⁹⁷ I. M. Chettiar & J. S. Holladay (2010), Free to Invest. The Economic Benefits of Preserving Net Neutrality. Institute for Policy Integrity, New York University School of Law, Report no. 4, January 2010.

Hoofdstuk IV: White paper over reglementering van netneutraliteit in België – Aanbevelingen voor een efficiënte aanpak

1. Inleiding

Deze “White Paper” bevat de conclusies en aanbevelingen naar aanleiding van de studieopdracht over de netneutraliteit (Internet) en de maatregelen voor het beheer van het handelsverkeer (ref. 2012/S2/E9/NET_NEUTRALITY), zoals die door de Federale Overheidsdienst Economie werd toegekend aan de Katholieke Universiteit Leuven (ICRI), de Universiteit Namen (CRIDS) en de Vrije Universiteit Brussel (SMIT).

Overeenkomstig het bestek en onze offerte zijn deze conclusies en aanbevelingen bij uitstek interdisciplinair. Zij kunnen steunen op het gevoerde onderzoek in verband met het begrip, de oorsprong en de doelstellingen van netneutraliteit in Europese en internationale context (hoofdstuk 1), later toegespitst op de specifieke juridische en economische situatie van net neutraliteit in ons land (hoofdstukken 2 en 3).

Over de door de offerteaanvraag vooropgestelde resultaten en voorstellen van maatregelen (bijvoorbeeld: conclusies over observatorium voor de kwaliteit van het Internet, overige maatregelen ter bescherming van de consument, opstellen van een “white paper” en van een ontwerp van charter voor internet service providers) worden in de hierna volgende paragrafen aanbevelingen geformuleerd rekening houdend met het onderzoek uit die verschillende invalshoeken. Zoals vereist, hebben de conclusies en aanbevelingen betrekking op een mogelijke specifieke Belgische aanpak voor de problematiek inzake netneutraliteit en zijn zij gefundeerd op de Belgische juridische, economische en technologische situatie en de met vertegenwoordigers van de sector gevoerde interviews.

2. Overwegingen in verband met de noodzaak om vandaag wetgevend op te treden in België

A. Het begrip « netneutraliteit »

Ter herinnering herhalen wij hierbij de – op het werk van het BEREC gesteunde - definitie van het begrip “netneutraliteit”³⁹⁸ die wij als resultaat van onze werkzaamheden in het kader van het eerste hoofdstuk voorstelden:

« Alle elektronische communicatie die door een netwerk gaat wordt gelijk behandeld, [zonder afbreuk te doen aan toepasselijke wet- of regelgeving³⁹⁹]. Het feit dat alle communicatie gelijk wordt behandeld betekent dat het wordt behandeld onafhankelijk van (i) de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) het apparaat, (v) het adres van de afzender, en (vi) het adres van de ontvanger. Het adres van de zender en de ontvanger houdt in dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en de inhoud/toepassing/dienstverlener⁴⁰⁰. [Wettige maatregelen van verkeersbeheer⁴⁰¹ dienen mogelijk te blijven⁴⁰²]. »

Deze definitie zou evenwel best niet als zodanig in de bepalingen van een wet opgenomen moeten worden, om mogelijk te maken dat de inhoud van het begrip en de interpretatie van de problematiek van de netneutraliteit zouden kunnen meeëvolueren met de snelle en onvoorzienbare ontwikkelingen van de technologieën en markten, zelfs al kan dit een zekere juridische onzekerheid teweegbrengen. Om beter af te lijnen “waarover men het heeft” kan evenwel een definitie van netneutraliteit worden ingelast in de Memorie van Toelichting van wetgeving, of in het verslag aan de Koning van de uitvoeringsbesluiten, of in de besluiten van het BIPT ter implementatie ervan (zie hierover ook *infra*, paragraaf B). Verder kan de betekenis van het begrip ook afgeleid worden uit de inhoud van de wettelijke bepalingen en van de beslissingen van de regulator, die het begrip concreet toepassen.

³⁹⁸ In huidig verslag gebruiken wij de begrippen « netneutraliteit » / « neutralité des réseaux » / « neutralité du réseau » en « neutralité de l'Internet » als synoniemen. Wij volgen hierin meer bepaald de verschillende titels van de Franse, Nederlandse en Engelse versie van de verklaring (2009/C 308/02) van de Commissie inzake netneutraliteit, *PbEU* L 337/69, 18 december 2009 en *PbEU*, C 308/2, 18 december 2009 (verklaring « netneutraliteit »).

³⁹⁹ Door ons toegevoegd.

⁴⁰⁰ Door ons vertaald. Zie BEREC, BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 september 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultations on Net Neutrality - Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 mei 2012, p. 1; BEREC, An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality – BEREC Report, BoR (12) 130, 6 december 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality - Final report, BoR (12) 132, 26 november 2012, p. 4-5.

⁴⁰¹ Dit wil zeggen in overeenstemming met de reglementering die van toepassing is of aanvaard werd door de bevoegde nationale regelgevende instanties.

⁴⁰² Door ons toegevoegd.

B. Herziening van de grondwet om het beginsel van de netneutraliteit erin op te nemen

Om het belang van het principe te onderlijnen, zou het recht op netneutraliteit opgenomen kunnen worden in de lijst van economische, sociale en culturele rechten die opgesomd worden in artikel 23 van de Grondwet, zoals voorzien in het bestaande voorstel tot grondwetsherziening 53-1471/1⁴⁰³.

Op deze wijze zou één van de basisprincipes van de informatiemaatschappij een constitutionele status krijgen, waardoor het belang onderlijnd zou worden van dit principe en van internet om een autonoom en menswaardig leven te leiden. Bovendien zouden het principe en het begrip van netneutraliteit dan uitdrukkelijk in de Belgische wetgeving opgenomen zijn, wat op dit ogenblik niet het geval is. Net zoals de Europese reglementering, bevat de huidige Belgische wetgeving immers wel bepalingen die (ook) van toepassing zijn op de netneutraliteit, doch zonder dat deze bepalingen expliciet geïdentificeerd zijn als bepalingen in verband met netneutraliteit. Hier rijst dus mogelijk een probleem van transparantie.

Het zou nuttig kunnen zijn dat in de motivering bij het voorstel tot grondwetsherziening een definitie wordt opgenomen van netneutraliteit. Deze definitie zou weliswaar niet in het beschikkend gedeelte van artikel 23 van de Grondwet mogen worden opgenomen en dit omwille van bovenvermelde redenen.

Er dient hierbij echter te worden vermeld dat artikel 23 van de Grondwet een implementatie vergt via de wetgeving en geen rechtstreekse verplichtingen oplegt aan de eindgebruikers. Het artikel stipuleert inderdaad: *«Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden. Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, [waarin we het recht op netneutraliteit zouden onderbrengen⁴⁰⁴], waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen»*. In de praktijk zal de bescherming van de netneutraliteit dus een taak zijn van het regelgevend kader, zoals dat ook nu het geval is, en er dient geëvalueerd te worden of het bestaande kader deze taak al dan niet correct vervuld heeft (zie *infra*, delen C en D).

Verder komt het ons voor dat artikel 23 van de Grondwet eerder het aspect van de « bescherming van de eindgebruikers » met betrekking tot de netneutraliteit viseert en bijgevolg niet rechtstreeks de kwestie behandelt van de mededinging tussen de aanbieders van openbare netwerken en/of diensten en het verband daarvan met de netneutraliteit, wat ons enigszins betreureuswaardig lijkt.

⁴⁰³ Voorstel tot herziening van de grondwet, herziening van artikel 23, teneinde er het beginsel van de neutraliteit van de internetnetwerken in op te nemen, *Parl. St.*, Kamer, zitt. 2010-2011, n° 53-1471/1. Dit verslag houdt rekening met de voorstellen tot herziening van de Grondwet en van de wet in de staat waarin zij gekend zijn op datum van 31 mei 2013.

⁴⁰⁴ Door ons toegevoegd.

Ten slotte zou er in het geval er niet geopteerd wordt voor een herziening van de Grondwet eveneens kunnen worden aan gedacht om het principe van netneutraliteit expliciet als regelgevende doelstelling in een wet toe te voegen. Deze wet zou *a priori* de wet betreffende de elektronische communicatie (WEC)⁴⁰⁵ zijn. De bepaling zou expliciet bevestigen dat netneutraliteit is gegarandeerd ten gunste van de eindgebruikers en de leveranciers van openbare communicatienetwerken en/of van voor het publiek beschikbare diensten overeenkomstig de modaliteit van de WEC en zijn uitvoeringsbesluiten⁴⁰⁶.

Het principe zou dus niet moeten geformuleerd worden als een principieel verbod op elke afwijking van netneutraliteit, en zal, zoals dat nu reeds het geval is, noodzakelijkerwijze in praktijk moeten gebracht worden door concrete bepalingen van de WEC, die trouwens (ten minste voor een groot deel) reeds bestaan (zie *infra*, afdeling D), en door maatregelen ter uitvoering van deze bepalingen (zie *infra*, afdeling C). Dergelijke invoeging van het principe in de WEC zou, als zodanig, geen nieuwe rechten en verplichtingen met zich meebrengen voor eindgebruikers of leveranciers van netwerken of diensten. Daarentegen zou de expliciete toevoeging van het principe als regelgevende doelstelling in de wet bijdragen tot een grotere transparantie door expliciet te verwijzen naar de netneutraliteit in de wet door het gebruik van het begrip.

Zo zou er in de praktijk kunnen worden aan gedacht om het principe van netneutraliteit expliciet toe te voegen aan de artikelen 6, 2° en 8, 7° WEC, die diezelfde garantie inzake netneutraliteit nu reeds impliciet bevatten, door dergelijke doelstelling aan het BIPT op te leggen bij het volbrengen van zijn opdrachten. Aangezien op deze manier het BIPT dan ook expliciet zou worden bevestigd als de behoeder van netneutraliteit, lijkt deze methode ons aan te bevelen boven het invoegen van een eerder abstract principe, bijvoorbeeld in een nieuw artikel 3/1 WEC.

⁴⁰⁵ Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, BS 20 juni 2005. De WEC zorgt inderdaad voor de specifieke sectorale reglementering ter zake.

⁴⁰⁶ De netneutraliteit is ook (indirect) door andere bepalingen beschermd, bij voorbeeld de regels inzake vrije mededinging in het Wetboek van economisch recht.

C. Het bestaande regelgevende kader in België, de toegepaste methode en beginselen – algemene opmerkingen

In 2012 werd de Belgische wetgeving inzake elektronische communicatie aangepast om haar in overeenstemming te brengen met het Europese kader⁴⁰⁷. Daarbij werden ook de Europees geharmoniseerde bepalingen inzake netneutraliteit⁴⁰⁸ in Belgische nationale wetgeving omgezet. De hoofdlijnen van de Europese aanpak hebben betrekking op het feit dat bijkomende maatregelen aan operatoren worden opgelegd op het vlak van transparantie van hun dienstverlening, dat de toezichthouder in bepaalde omstandigheden de bevoegdheid moet krijgen om een minimumkwaliteit van de dienstverlening te bepalen en dat de abonnee zijn aanbieder moet gemakkelijk kunnen wijzigen. Daarbij komt nog het feit dat de netneutraliteit (impliciet) deel uitmaakt van de doelstellingen van het regelgevend kader die de nationale regelgevende instanties dienen te bevorderen. Uit het juridische onderzoek in hoofdstuk 2 is gebleken dat de omzetting naar Belgisch recht in grote lijnen als volledig mag worden beschouwd (en dat België op sommige punten zelfs verder gaat dan de huidige Europese eisen, zoals de verplichting om in het contract de downloadsnelheid en het downloadvolume van een breedbandverbinding te vermelden⁴⁰⁹ of de mogelijkheid voor de abonnee om een contract te beëindigen⁴¹⁰, – zie *infra*, deel D), temeer aangezien ook door toepassing van het nationale mededingingsrecht bepaalde van de meest problematische gedragingen (bijvoorbeeld wanneer een dominante operator inhoudsdiensten zou blokkeren of vertragen met een anti-concurrentieel oogmerk) zouden kunnen worden gesanctioneerd als een misbruik van machtspositie. Bijkomende maatregelen zijn dus alvast vandaag niet vereist vanuit Europees juridisch perspectief. Daarenboven blijken de Belgische wetgeving en regulering eveneens al in overeenstemming te zijn met de mogelijke toekomstige Europese vereisten, die in algemene bewoordingen aangekondigd werden⁴¹¹ door vice-voorzitter Kroes op 4 juni 2013⁴¹². Ter dezer

⁴⁰⁷ Zie meer bepaald de wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie door de wet van 10 juli 2012 houdende diverse beschikkingen inzake elektronische communicatie, *B.S.*, 25 juli 2012, *err.* 20 september 2012.

⁴⁰⁸ Zie richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009, ter wijziging van de richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PbEU*, L337/37, 18 december 2009, (betereregelgevingrichtlijn) en richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 25 november 2009 ter wijziging van Richtlijn 2002/22/EG betreffende de universele dienstverlening en de gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/CE betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, Verordening nr. 2006/2004/CE betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de wetgeving inzake consumenten-bescherming (burgerrechtenrichtlijn), *PbEU*, L337/11, 18 december 2009.

⁴⁰⁹ Art. 108, § 1, b), 2e streepje WEC.

⁴¹⁰ Zie meer bepaald art. 111/3 WEC.

⁴¹¹ Deze suggesties zullen trouwens zeker nog aan talrijke wijzigingen onderworpen worden, alvorens aangenomen te worden.

gelegenheid pleitte ze voor vier pijlers die aan de basis zouden moeten liggen van komende maatregelen: innovatie (dit vereist beheerde diensten die evenwel moeten kunnen bestaan naast het “best effort”-netwerk van Internet), meer transparantie (meer bepaald inzake de daadwerkelijk aangeboden snelheden), reële keuze van internetdiensten (wat vereist dat de belemmeringen om van leverancier te veranderen afgeschaft worden) en ten slotte mededinging (met verbod tot concurrentieverstorend blokkeren of beperken van internetverkeer) (zie. infra, deel D). In het algemeen toonde de Vice-Voorzitster zich groot voorstander van *“vrijwaringsmaatregelen voor alle Europeanen, op alle apparatuur, op alle netwerken, als waarborg voor een volledige en open toegang tot Internet, zonder blokkering of beperkingen van mededingende diensten”*⁴¹³. Het valt af te wachten of deze waarborg er zal komen via de expliciete opname van het recht op netneutraliteit in één van de teksten van het Europees (en bijgevolg ook Belgisch) regelgevend kader van de elektronische communicatie (zie ook *supra*, deel B).

Op het vlak van de toegepaste methode kan worden opgemerkt dat de huidige Belgische aanpak (zoals de Europese) niet bestaat uit een restrictieve benadering (i.e. principieel verbod van iedere afwijking van netneutraliteit, inclusief een principieel verbod van verkeersbeheer, waarop nochtans uitzonderingen mogelijk zijn zoals verkeersbeheer ter beperking van de gevolgen van een congestie of ter beperking van de transmissie van ongevraagde communicaties⁴¹⁴). Naast mogelijke juridische problemen op het vlak van het precies en toekomstgericht definiëren van het beginsel van netneutraliteit en van het begrip “verkeersbeheer” alsook van de redelijke en dus bij uitzondering aanvaarde toepassingen ervan, is er vanuit economische invalshoek op gewezen dat dergelijk verbod niet aangewezen is wegens het uitermate dynamische karakter van de markten en technologie. Een dergelijke restrictieve aanpak zou efficiënte investeringen en de zoektocht naar nieuwe business modellen in de weg kunnen staan. Een principieel verbod van verkeersbeheer (zelf als er uitzonderingen voorzien worden) riskeert aldus de innovatie, de technologische vooruitgang en de goede werking van netwerken te belemmeren. Aangezien de beschikbare transmissiecapaciteit op de netwerken immers nog beperkt is, kunnen maatregelen tot beheer van het dataverkeer en zelfs belemmeringen van de transmissie nodig zijn voor een goede werking van zowel het « best effort »-Internet als van de nieuwe beheerde innovatieve eigen diensten. Ingevolge de snelle en onvoorzienbare evolutie van de technologieën en de markten, zou het opstellen van een beperkende wettelijke lijst van uitzonderingen op het verbod, met andere woorden van toegelaten maatregelen van verkeersbeheer,

⁴¹² N. Kroes, Safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 4, door ons vertaalde tekst: “A safeguard for every European, on every device, on every network: a guarantee of access to the full and open internet, without any blocking or throttling of competing services”. N. Kroes herinnerde er echter ook aan (p.2.) dat er verkeersbeheer kan plaats vinden, en om legitieme redenen en objectieven overgegaan kan worden overgegaan tot verkeersbeheer (zoals het scheiden van het gevoelig verkeer op het moment van minder dringend verkeer of het vermijden van het dichtslippen van het netwerk).

⁴¹⁴ Zie bijvoorbeeld amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002, art. 2.

wellicht veel te weinig flexibel zijn om toereikend te zijn en te blijven⁴¹⁵. Wij stellen voor om het huidige principe van ondernemingsvrijheid van de leveranciers ten volle te respecteren, mits omkadering door wettelijke bepalingen en beslissingen van de regulator. In toepassing van het principe van de technologische neutraliteit en in functie van de convergentie vast-mobiel en van de evolutie van de mobiele markt naar een aanbod dat evenwaardig is aan het vaste netwerk, lijkt het ons trouwens aangewezen om geen principiële onderscheid te maken tussen vaste en mobiele netwerken.

Er op dit ogenblik (namelijk in afwachting van de concrete toepassing van zijn nieuwe bevoegdheden van 2012 door het Instituut) voor opteren al meteen een andere aanpak toe te passen zou bovendien de rol en het gezag van de toezichthouder, het BIPT,odeloos ondermijnen⁴¹⁶. Krachtens het huidige wettelijk kader en meer bepaald krachtens artikel 113, § 4 van de WEC, beschikt het BIPT onder andere over de nodige regelgevende bevoegdheden om problemen te voorkomen en tussen te komen mochten er zich toch problemen voordoen (zie ook *infra*, deel D. III en IV). Ons inziens laat deze juridische basis de regulator dus toe op te treden op een manier die evenredig, geschikt en tijds is. In elk geval is door het toekennen aan het BIPT van het toezicht op de naleving van de verplichting van operatoren om een minimale kwaliteit te garanderen de oprichting van een eventueel “Observatorium voor de kwaliteit van het Internet” op het eerste zicht overbodig geworden⁴¹⁷.

De recente wetwijzigingen van 2012 hebben uiteraard ook een impact gehad op het verloop van de studie, nu deze kon vertrekken van een gedeeltelijke *status quo*. Hierboven werd reeds aangegeven dat de Europese richtlijnen in grote lijnen op correcte wijze werden omgezet en er dus geen strikte juridische vereisten zijn om bijkomend wetgevend op te treden. In plaats van een analyse te maken van de eventuele juridische of economische noodzaak van nieuwe maatregelen inzake netneutraliteit, kon dus een veeleer prospectieve aanpak worden gevolgd. De studie

⁴¹⁵ Volgens BEREC is het inderdaad niet nuttig noch aangewezen in het huidige regelgevend kader om a priori een lijst van redelijke praktijken van verkeersbeheer op te stellen. BEREC stelt eerder voor dat de regulatoren een bepaald aantal criteria zouden hanteren bij het beslissen over het al dan niet redelijk karakter van een bepaalde beperking van het verkeer. Aldus zou moeten nagegaan worden of een bepaalde praktijk de discriminatie van een bepaalde leverancier, van een inhoud of van een toepassing met zich meebrengt; of een praktijk toegepast wordt op vraag van een eindgebruiker en of deze laatste dit kan controleren; of een praktijk evenredig is (waarvan de impact zo klein mogelijk is dus) en of een praktijk neutraal is naar de toepassingen toe (BEREC, BEREC Annual Reports – 2012, BoR (13) 67, June 2013, p. 37).

⁴¹⁶ Ten overvloede kunnen de sanctioneringsbevoegdheden van het BIPT in herinnering worden gebracht, zie: artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *B.S.*, 24 januari 2003, *err.* 4 juni 2003 (wet « BIPT-statuut »).

⁴¹⁷ Alhoewel het merendeel van de operatoren het idee van een Handvest van goede praktijken op vlak van de netneutraliteit verwerpen (zie *infra*, deel 6), hebben wij ook echos ontvangen volgens derwelke wel belang gehecht wordt aan de oprichting van een instantie bij wie alle betrokken actoren samen terecht kunnen om concrete problemen in verband met de netneutraliteit te melden zodra deze zich zouden voordoen. Deze instantie zou dan oplossingen op maat uitzoeken en toepassen. Dit alles zou natuurlijk moeten gebeuren onverminderd de uitoefening van de regulerende bevoegdheden van het BIPT.

kon zich dus daardoor beter concentreren op de vraag of de recent geïntroduceerde nationale maatregelen effectief zouden zijn vanuit deze twee invalshoeken, daarbij rekening houdend met specifieke kenmerken van de Belgische markt en de bezorgdheden van de marktspelers (cf. bevraging en workshop).

D. Voorstellen betreffende enkele specifieke thema's

Over het algemeen is gebleken dat de nieuwe maatregelen - ruim zes maanden na hun goedkeuring - nog verre van bekend zijn, wat de precieze inschatting van hun (verwachte) effectiviteit bemoeilijkt. De diensten van het BIPT hebben recent alvast een controle-actie gelanceerd met het oog op het respecteren en toepassen van die nieuwe bepalingen. Bovendien kan worden opgemerkt dat het bestaande Belgische kader in elk geval goed uitgewerkt is op de volgende vlakken:

I. Transparantie

De Belgische maatregelen inzake transparantie van de dienstverlening gaan reeds vandaag verder dan door de Europese richtlijnen vandaag wordt vereist, vermits er in de wet aan de operatoren ook specifieke eisen worden opgelegd in verband met de reële snelheid en het downloadvolume van de internettoegang en de toezichtsrol die op dit vlak aan het BIPT wordt toegekend⁴¹⁸. Op dit vlak lijkt het Belgische regelgevende kader reeds in zekere mate te anticiperen op de Europese vereisten die Vice-Voorzitster Neelie Kroes in haar betoog van 4 juni 2013 aankondigde. Zij gaf immers aan dat in de toekomst vereist zou worden dat de eindgebruiker zou moeten wetten over welke dienstverlening werkelijk is inbegrepen in zijn contract. Bij wijze van voorbeeld vermeldde zij in het bijzonder de geleverde snelheid⁴¹⁹.

De vaststelling dat België op dit vlak reeds goed scoort is dus uitermate belangrijk, omdat precies een voldoende mate van transparantie van de reëel aangeboden dienstverlening zowel vanuit juridische als vanuit economische invalshoek een cruciaal element vormt bij de beoordeling van de effectiviteit van de huidige instrumenten en dus de eventuele noodzaak om bijkomend op te treden. Vrije en eerlijke concurrentie op de markten veronderstelt immers vrije en goed geïnformeerde consumenten.

Voor zover de implementatie van de bestaande maatregelen niet als voldoende zou worden beschouwd, zou er eventueel kunnen worden nagedacht om aan de operatoren een nog algemenere verplichting tot transparantie op te leggen, door bijvoorbeeld te bepalen: "Alle dienstverleners informeren de gebruiker en/of de

⁴¹⁸ Zie. art. 108, § 1, b), 2^e streepje WEC en het besluit van de Raad van het BIPT van 4 december 2012 betreffende het meedelen van de snelheid van een vaste breedbandverbinding.

⁴¹⁹ N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 3. Zie ook Europese Commissie, Vice-President Kroes to propose action on consumer choice and "net neutrality", MEMO/12/389, 29 May 2012. In deze tekst zet de Vice-Voorzitster uiteen dat een reële transparantie niet alleen informatie vereist over de daadwerkelijk aangeboden snelheden, maar eveneens over de maximum toegelaten downloadvolumes (een eis waaraan reeds voldaan wordt in artikel 108, § 1, b), 2^e streepje WEC) en over de manier waarop internettoegangaanbieders hun diensten commercialiseren.

toezichthouder op proactieve wijze of na het ontvangen van een klacht over de wijze waarop ze het internetverkeer op hun netwerken prioriteren”. Eventueel zou dergelijke verplichting zo ruim kunnen worden geformuleerd dat zij ook betrekking heeft op aanpassingen aan de eindapparatuur, zoals routers of switches van de eindgebruiker.

In deze context stelt zich ook de vraag naar de daadwerkelijke congestie van de netwerken, de gevolgen daarvan op de aangeboden diensten, en de informatie van de eindgebruikers hierover. Gezien de technische complexiteit van de informatie, is het risico reëel dat de eindgebruiker de bedoelde informatie niet zal verstaan. Men zou kunnen denken aan een procedure die zich laat inspireren door het artikel 113, § 5 WEC, zowel gericht tot de eindgebruiker als tot het BIPT. Zo zouden ondernemingen die openbare elektronische-communicatienetwerken aanbieden (één of twee keer per jaar) informatie verschaffen aan het BIPT over de situatie van hun netwerk op vlak van congestie. Ook zouden ze informatie publiceren op hun website over de eventuele weerslag van de vastgestelde congestie op de kwaliteit van hun dienstverlening, ter attentie van de eindgebruikers. Deze informatie zou eveneens aan het Instituut overgemaakt worden, alvorens de publicatie ervan. Het Instituut zou dan over een termijn van één maand beschikken om eventuele opmerkingen te formuleren en de leveranciers zouden de informatie slechts mogen publiceren na met deze opmerkingen rekening gehouden te hebben. Het is waar dat de informatie die aldus door de eindgebruiker bekomen wordt niet geïndividualiseerd is en dat men zich dus zal moeten buigen over de problematiek van de individualiseringsgraad van de informatie die moet overgemaakt worden aan het BIPT en/of aan een specifieke eindgebruiker. Moest deze informatieplicht als onevenredig ervaren worden, dan zou het regelgevend kader bijvoorbeeld ook enkel kunnen voorzien dat het BIPT met regelmatige tussenposen de kwaliteit van het netwerk test, om deze technische informatie dan te verbiniden aan de voorgestelde tariefplannen, teneinde, desgevallend, “discriminerende” aanbiedingen te detecteren.

II. Verandering van netwerkoperator en van internettoegangleverancier

Ook op het vlak van de mogelijkheid om van operator⁴²⁰ te wisselen gaat de Belgische wetgeving reeds verder dan wat Europees vereist is, en doet bovendien de bestaande algemene voorwaarden teniet met betrekking tot de beëindiging van contracten tussen een operator en een abonnee, die tot doel hebben de verandering van operator onmogelijk te maken of te bemoeilijken⁴²¹. Het blijkt uit de juridische analyse dat de WEC niet alleen de mogelijkheid voorziet voor de abonnees om het contract zonder boete of opzegtermijn te beëindigen in geval van wijziging van een bepaling uit het contract⁴²², zoals dat voorzien is in de Universeledienstrichtlijn⁴²³,

⁴²⁰ Het artikel 108, § 1^{er} WEC specificeert dat het hier gaat om contracten die gesloten zijn « *tussen een abonnee en een operator, tot het leveren van een aansluiting tot het openbare elektronische-communicatienetwerk of tot het leveren van openbare elektronische-communicatiediensten* ».

⁴²¹ Art. 111/3, § 2 WEC.

⁴²² Art. 108, § 2 WEC.

maar bovendien ook de mogelijkheid vergemakkelijkt voor de abonnees (en meer in het bijzonder voor de consumenten, de kleine zelfstandigen en de KMO's) om van operator te veranderen, door een onmiddellijke beëindiging van het contract toe te staan en door de mogelijkheid voor de operator om een vergoeding te eisen sterk te beperken⁴²⁴. Bovendien wordt de vervanging van een contract van bepaalde duur door een ander contract voor de afloop van de duurtijd⁴²⁵ en de stilzwijgende verlenging⁴²⁶ aan strikte regels onderworpen. Men kan stellen dat al deze bepalingen eveneens sterk in de lijn liggen met de maatregelen⁴²⁷ die aangekondigd werden door Vice-Voorzitster Kroes; in haar speech van 4 juni 2013 eiste zij dat de mogelijkheid om van leverancier te veranderen nog reëler werd en kondigde ze maatregelen aan om eventueel vastgestelde hindernissen af te schaffen. In deze context citeerde ze meer bepaald de buitensporige kosten van verandering, het probleem van de gehuurde modems en dat van de e-mail-adressen, en de kwestie van de stilzwijgende verlenging⁴²⁸.

Ook dit aspect blijkt vanuit meerdere invalshoeken (onder meer de juridische analyse in verband met de toepassing van het mededingingsrecht ter vrijwaring van netneutraliteit, maar ook de theoretische economische analyse en de bevraging marktspelers) eveneens een zeer belangrijk element bij het beoordelen van de effectiviteit van het huidige kader en bijgevolg van de noodzaak om bijkomend op te treden. Op het terrein blijkt dat de aanpak om de hinderpalen voor een efficiënte verandering van operator erg laag te houden zijn vruchten afwerpt⁴²⁹.

⁴²³ Universeledienstrichtlijn, art. 20, § 2.

⁴²⁴ Art. 111/3, §§ 1 en 3 WEC. Wij herinneren eraan dat de bijkomende schadevergoeding die gevraagd mag worden aan consumenten, kleine zelfstandigen en KMO's die kosteloos of tegen een lagere prijs een product hebben verkregen waarvan de verkrijging gebonden was aan het inschrijven op een abonnement van bepaalde duur, niet hoger mag zijn dan de restwaarde van het product op het ogenblik van de beëindiging van het contract.

⁴²⁵ Art. 108, § 1/1 WEC. De vervanging vereist meer bepaald het uitdrukkelijk en schriftelijk akkoord van de betrokken consument, kleine zelfstandige of KMO's.

⁴²⁶ Art. 82 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, B.S., 12 april 2010. Dit artikel stipuleert meer bepaald dat, als er een beding van stilzwijgende verlenging voorzien is, dat deze duidelijk naar voor moet komen in het contract en dat de consument het recht moet hebben zich te verzetten tegen deze stilzwijgende verlenging. Als het contract reeds verlengd werd, kan de consument dit op elk moment beëindigen, zonder vergoeding en middels een opzegtermijn van ten hoogste twee maand.

⁴²⁷ En ook andere, zoals de mogelijkheid voor een gebruiker om nog gedurende 6 maanden na ontbinding van het contract dat werd afgesloten met een internettoegangsleverancier toegang te hebben tot Internet, tot de elektronische post die aankomt op zijn oud e-mailadres dat gebaseerd was op de commerciële naam of/en het merk van zijn gewezen leverancier, of om, naar keuze, van die leverancier, gedurende zes maanden te genieten van een systeem dat de binnenkomende e-mails omleidt naar zijn nieuw adres (art. 121/1-3 WEC). Zie in dit opzicht ook de besluit van de Raad van het BIPT van 1 maart 2011, met betrekking tot het beoordelen van ISPA-gedragscode betreffende toegang tot e-mail en webruimte overeenkomstig de artikelen 121/1 en 121/2 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

⁴²⁸ N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 4.

⁴²⁹ Dit werd ons in ieder geval bevestigd tijdens een onderhoud met de personeelsleden van het BIPT. Het BIPT verklaart bovendien dat « *De klantenrotatie verhoogt onder impuls van de inwerking treding van de nieuwe telecomwet in oktober 2012* », Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, Situatie van de elektronische communicatiesector 2012, 30 mei 2013, p. 6. In het

III. Minimale eisen inzake de kwaliteit van de dienst

Volgens de artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn⁴³⁰ en de artikel 113, § 4 van de WEC ter omzetting van deze richtlijn, zijn de minimumkwaliteitseisen op vlak van de dienstverlening die desgevallend opgelegd werden door de nationale regelgevende instantie om een achteruitgang van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, bestemd voor de ondernemingen die openbare elektronische-communicatienetwerken aanbieden. Zelfs al zijn het vooral deze laatsten die, door hun controle over het netwerk, in staat zijn het gegevensverkeer te beïnvloeden, zou men het toepassingsveld van deze bevoegdheid van het BIPT expliciet kunnen uitbreiden naar de leveranciers van publiek toegankelijke elektronische-communicatiediensten⁴³¹. Deze uitbreiding kan zinvol zijn voor zover ook bepaalde dienstverleners (en in het bijzonder internettoegangleveranciers) een invloed kunnen uitoefenen op de signaalstroom. Er dient genoteerd te worden dat als deze uitbreiding betrekking zou hebben op de internettoegangleveranciers, zij de zuivere diensten van de informatiemaatschappij als zodanig niet zou mogen omvatten. Wat betreft de diensten die tegelijk elektronische-communicatiediensten en diensten van de informatiemaatschappij zijn⁴³², zouden alleen de aspecten van de reglementering van de elektronische communicatie geïmplementeerd zijn.

IV. Verband tussen internettoegangsdiensten (« public lane ») en beheerde diensten (« managed lane »)

Ten slotte dient eraan herinnerd te worden “dat het Internet van wezenlijk belang is voor het onderwijs en de praktische uitoefening van het recht op vrijheid van

vervolg van deze paragraaf verwijst het BIPT evenwel expliciet naar het geval van overdracht van (mobiele) nummers en lijkt men dus niet rechtstreeks te doelen op de verandering van internettoegangleveranciers. Wat de situatie van de mededinging op de markt van de breedbandverbinding betreft, stelt het BIPT : «Het marktaandeel van de historische operator zet zijn licht neerwaartse trend verder. Eind 2012 bedraagt het marktaandeel van Belgacom (inclusief Scarlet) nog 44,4% in vergelijking met 44,7% een jaar eerder ... 65,7% van de marktgroei in 2012 is toe te schrijven aan de OLO's (96.557 vaste breedbandlijnen)» (*idem*, p. 25).

⁴³⁰ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *PbEU*, L 108/51, 24 april 2002.

⁴³¹ Wij noteren bovendien dat artikel 3 van het wetsvoorstel 1467/2, reeds tot doel had, teneinde een minimumkwaliteit van de diensten te waarborgen, om het BIPT toe te laten minimeisen op te leggen aan de leveranciers van publiek toegankelijke elektronische communicatiediensten met betrekking tot de kwaliteit van de publiek toegankelijke communicatiediensten (Amendement (Van den Bergh c.s.) op het Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, teneinde de neutraliteit van de internetnetwerken te waarborgen, *Parl.St.*, Kamer 2010-11, nr. 53K1467/002, p. 4).

⁴³² Het aanbieden van internettoegang valt inderdaad onder de toepassing van twee regelgevende organen (zie overweg. 10 van de richtlijn 2002/21/EG van het Europese Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEU*, L 108/33, 24 april 2002 en overweg. 18 van de richtlijn 2000/31/EG van het Europese Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”), *PbEU*, L 178/1, 17 juli 2000).

meningsuiting en de toegang tot informatie”⁴³³. Om te waarborgen dat het Internet deze functie kan blijven uitoefenen ter ondersteuning van de uitoefening van fundamentele vrijheden, is het nodig dat de netwerkoperatoren en internettoegangaanbieders aan het geheel van de eindgebruikers en in het bijzonder aan de consumenten internettoegangsdiensten⁴³⁴ en een « public lane » met een voldoende capaciteit aanbieden. Dit belet niet dat deze operatoren en ISP's beheerde diensten (« managed lane »)⁴³⁵ mogen ontwikkelen, die bevorderlijk zijn voor de eindgebruikers en voor de industrie en de innovatie⁴³⁶, en dit op een redelijke wijze, dit wil zeggen op een wijze die het Internet op de « public lane » niet verstoort. Wat concreet verstaan wordt onder « redelijke ontwikkeling » van beheerde diensten en hoe de beschikbare netwerkcapaciteit zich in de praktijk zou moeten verdelen tussen deze twee applicaties, wordt – krachtens artikel 113, § 4 WEC – gecontroleerd en desgevallend bepaald door het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie⁴³⁷. Het uitoefenen van deze bevoegdheid door het BIPT is onderworpen aan een strikte toezicht. Aldus moet het BIPT elk ontwerp van maatregel op dit vlak bekend maken aan de Europese Commissie en aan BEREC en zoveel mogelijk maximaal rekening houden met de opmerkingen en aanbevelingen van de Commissie⁴³⁸. Meer algemeen oefent het BIPT deze functie uit onder toezicht

⁴³³ Betereregelgevingrichtlijn, overweg. 4.

⁴³⁴ « Een internettoegangsdienst is een publiek toegankelijke elektronische communicatiedienst die een internetverbinding aanbiedt. In principe laat een internettoegangsdienst toe dat alle aansluitpunten die met het Internet verbonden zijn, onder elkaar bereikbaar zijn, zonder enige vorm van beperking betreffende de uitgewisselde inhoud. Dit laat aan de eindgebruikers toe elke toepassing uit te voeren die gebruik maakt van de elektronische communicatiefunctie van het Internet, ... » (BEREC, BEREC Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality, BoR (12) 131, 26 November 2012, p. 4). [eigen vertaling]

⁴³⁵ « Een beheerde dienst... kan gedefinieerd worden als zijnde een technisch procédé waardoor een netwerkoperator de minimumkwaliteit van een dienst waarborgt van het ene tot het andere eind de netwerk distributie, opdat deze dienst op doeltreffende wijze aan de consumenten aangeboden zou kunnen worden » Door ons vertaald. (M. Piron, « La neutralité des réseaux et la garantie de la fourniture de services de médias audiovisuels », *R.D.T.I.*, n° 45, 2011, p. 73. Volgens BEREC onderscheiden de gespecialiseerde diensten (die we « beheerde diensten » noemen), zich van internettoegangsdiensten door het feit dat ze een gewaarborgde kwaliteit leveren en een strikte controle uitoefenen op de toegang. De meest voorkomende applicaties zijn de transmissie van spraak over Internetprotocol (VoIP), internettelevisie (IPTV) en video-sharing (VoD). BEREC preciseert dat het gebruik van deze diensten in bepaalde gevallen een impact kunnen hebben op de internettoegangsdiensten ingevolge het delen van de toegangsmiddelen (BEREC, BEREC, BEREC, A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe - Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation, BoR (12) 30, p. 11

⁴³⁶ Zie ook in deze zin N. Kroes, Safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 3.

⁴³⁷ Als een leverancier van internetdiensten (ISP) voorrang geeft aan een beheerde diensten ten nadele van een internettoegangsdienst, zou de nationale regelgevende instantie volgens BEREC het artikel 22, § 3 van de Universeledienstrichtlijn (in België omgezet door artikel 113, § 4 WEC) als juridische basis kunnen gebruiken om een bepaald prestatieniveau te eisen van de toegangssnelheid, die in de tijd kan variëren (BEREC, BEREC Annual Reports – 2012, BoR (13) 67, June 2013, p. 42).

⁴³⁸ Art. 113, § 4, al. 2 WEC. Zie ook art. 22, § 3, al. 2 van de Universeledienstrichtlijn en de aanbeveling 2012/798/EU van de Commissie van 12 december 2012 over de bekendmakingsprocedure die voorzien wordt in 22, paragraaf 3, van de richtlijn 2002/22/CE van het Europees Parlement en de Raad inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PbEU*, L 349/72, 19 december 2012.

van de Ministerraad⁴³⁹ en ook, in zekere mate, onder ogen van het Parlement, in het kader van het indienen van zijn driejarig strategisch plan en zijn jaarverslag aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers⁴⁴⁰.

3. Noodzaak van Europees afgestemde aanpak

Uit de verschillende invalshoeken is gebleken dat er in de literatuur een ruime consensus over bestaat dat de problematiek van netneutraliteit zich bij uitstek leent tot een geharmoniseerde Europese aanpak. Zo werd er in de context van Hoofdstuk 1 (Europees en internationaal conceptueel kader en technische analyse) gewezen op het intrinsiek globale karakter van het internet, terwijl in de juridische studie van Hoofdstuk 2, werd verwezen naar bijdragen van leidinggevende specialisten in Europees mededingingsrecht die het risico op Europese fragmentatie beklemtonen wanneer teveel verschillende nationale regimes zouden bestaan. Ook vanuit economisch invalshoek werd zowel in de theoretische analyse, als in de bevraging van de Belgische stakeholders een sterke voorkeur geuit voor een geharmoniseerde Europese aanpak.

Bovendien heeft N. Kroes, Vice-Voorzitster van de Europese Commissie de problematiek van de netneutraliteit expliciet gelinkt aan het bewerkstelligen van een eenheidsmarkt⁴⁴¹. Zo zullen de aanvullende maatregelen die de Commissie van plan is voor te stellen op vlak van netneutraliteit (meer bepaald, zoals hierboven vermeld, wat betreft de transparantie en de vergemakkelijking van de procedure om van operator te veranderen) deel uitmaken van de maatregelen met het oog op een eenheidsmarkt waarvan de Vice-Voorzitster wenst dat ze aangenomen zouden worden tegen Pasen 2014⁴⁴². Of deze maatregelen nu de vorm aannemen van een aanbeveling (wat gedurende lange tijd het geval leek te zijn) of van een richtlijn (wat het geval zou kunnen zijn volgens de recente verklaringen van Mevr. Kroes) is van weinig belang voor de vraag die ons hier bezighoudt – nl. of deze nieuwe Europese maatregelen in België zullen leiden tot een noodzaak om nieuwe wetten uitvaardigen of om over te gaan tot regelgeving (wat niet echt zeker lijkt – zie *supra*, deel 1.C en D). Het lijkt ons aangewezen om te wachten tot deze maatregelen aangenomen worden alvorens actie te ondernemen in België⁴⁴³ om te vermijden dat

⁴³⁹ Art. 15 van de wet betreffende het statuut van het BIPT. Inderdaad, het vastleggen van minimale kwaliteitseisen betreffende de dienstverlening behoort niet tot de regeling van de markt *ex ante*, noch tot de regeling van geschillen tussen operatoren, materies die beiden buiten dit toezicht vallen.

⁴⁴⁰ Art. 34 van de wet betreffende het statuut van het BIPT.

⁴⁴¹ “... *We are seeing the pressure for national action on net neutrality. The telecoms single market is far from complete – and a failure to take coordinated action on net neutrality would shatter the fragile construction. If we don’t address net neutrality, wider problems will arise and tomorrow’s innovative services might have to stop at the border*” (N. Kroes, The EU, safeguarding the open internet for all, SPEECH/13/498, 4 June 2013, p. 3).

⁴⁴² N. Kroes, The politics of the completing the telecoms single market, SPEECH/13/484, 30 May 2013.

⁴⁴³ Ongeacht of deze actie nu plaatsgrijpt via een regulerend ingrijpen of via de aanneming van regulerende maatregelen door het BIPT naast de reeds genomen of de nog te nemen maatregelen in de context van het huidige regelgevend kader (bijv. besluit van de Raad van 4 december 2012 betreffende de mededeling van de snelheid van de vaste breedbandverbinding, beschikbaar op <http://www.bipt.be>) of via maatregelen die in dit hoofdstuk voorgesteld worden.

er vroegtijdig uiteenlopende acties ondernomen zouden worden, hetgeen nadelig zou zijn voor de eenheidsmarkt. Dat zal nog meer het geval zijn indien de Europese maatregelen de vorm aannemen van een reglement, die verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk is.

4. Noodzaak aan ruimere visie inzake netneutraliteit

Verder is uit onze studie gebleken dat de problematiek in verband met netneutraliteit een veel ruimere visie in verband met de digitale informatiemaatschappij vereist. Het probleem van de vereiste mate van “neutraliteit” van het internet kan niet afdoend worden opgelost wanneer hoofdzakelijk wordt gefocust op de aspecten die verband houden met de (federale bevoegdheden inzake) elektronische communicatie, zoals zij in het bestek voor deze studie wel werden beperkt. Specifiek voor ons land dient er voor een globale visie in verband met netneutraliteit ook rekening te worden gehouden met de bevoegdheden en bezorgdheden van de gemeenschappen, die onder meer bevoegd zijn voor de inhoudelijke en technische aspecten van audiovisuele mediadiensten. Deze vaststelling is des te pertinenter vermits precies het transport van audiovisuele content in de toekomst enorme bandbreedtes lijkt te zullen vergen. In deze context menen wij trouwens dat een ruimere samenwerking en reflectie zich opdringt dan deze die op dit ogenblik gevoerd wordt tussen het BIPT en de gewestelijke regulerende overheden van de radio-omroepen, in het kader van de « Conferentie van de Regulators voor de Elektronische Communicatiesector – CRC »⁴⁴⁴. De bevoegde federale autoriteiten op vlak van de inhouden van elektronische handel zouden trouwens betrokken moeten worden in dit ruim overleg, want alleen op die manier kan het fenomeen van de netneutraliteit op een gepaste manier in aanmerking genomen worden, aangezien de netneutraliteit de grenzen tussen de reglementering van de transmissie en de reglementering van de inhouden overstijgt.

Bovendien moet eveneens voldoende rekening worden gehouden met het feit dat ook de traditionele nationale dienstenleveranciers steeds meer concurrentie ondervinden van marktspeler die hun content “over the top” aanbieden (vb. Google TV, Apple TV, YouTube, Netflix,...). Met enige zin voor overdrijving zou men kunnen stellen dat de krachtverhoudingen op dat vlak nagenoeg dagelijks wisselen. Precies daarom dient voor een globale oplossing inzake netneutraliteit een zo ruim en dynamische mogelijke visie te worden gehanteerd.

⁴⁴⁴ Zie in dit verband het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, *B.S.*, 28 december 2006.

5. Recente initiatieven voor meer concurrentiële markten

Uit het juridische en economische onderzoek is gebleken dat de mate waarin er op de markten voor elektronische communicatie en/of internettoegang een reële concurrentie heerst, eveneens een criterium kan zijn voor het beoordelen van de effectiviteit van de huidige maatregelen inzake netneutraliteit. Op dat vlak werden door de gezamenlijke toezichthouders voor de elektronische communicatie en audiovisuele mediadiensten een aantal maatregelen genomen om meer concurrentie toe te laten, ook en meer specifiek op de markten voor gebundelde producten. Zeker gecombineerd met de zeer effectieve maatregelen op het vlak van het wisselen van operator, verlagen deze maatregelen de druk of noodzaak op om inzake netneutraliteit nu fors op te treden.

6. Spanningsveld tussen actieve en passieve plichten voor ISPs

Op juridisch vlak rijst er bovendien een conceptueel probleem dat verder dient te worden uitgeklaard alvorens verdere regulering op te leggen inzake netneutraliteit. Dit heeft onder meer betrekking op het spanningsveld tussen de steeds actievere rol die van marktspelers wordt verwacht op het vlak van het monitoren of filteren van bepaalde onwettige of schadelijke inhoud op grond van een wettelijke bepaling of rechterlijke beslissing enerzijds, en de verplichting om alle inhoud op gelijke voorwaarden te behandelen (i.e. het principe van netneutraliteit) anderzijds. Tussen deze gerechtvaardigde en fundamentele - tegenstrijdige - belangen dient een evenwicht te worden gevonden. In afwachting daarvan en bij gebrek aan duidelijke aansprakelijkheidsregimes is het voor marktspelers moeilijk om uit te maken welke houding zij ter zake kunnen/moeten aannemen. Op dit punt dient de aandacht te worden getrokken op de volgende overwegingen:

A. De toepassing van de reglementering van de elektronische handel zou de operatoren eveneens kunnen ontmoedigen om rechtstreeks in te spelen op de inhoud (door uit hun passieve rol te treden)

Krachtens de Europese en Belgische regels inzake elektronische handel, genieten de internet-dienstverleners die de rol spelen van tussenpersonen (meer bepaald de netwerkoperatoren en de internettoegangleveranciers) in principe⁴⁴⁵ van een vrijstelling van aansprakelijkheid, onder voorwaarden, in het kader van hun respectievelijke activiteiten van doorgefluit, « caching » en « hosting ». Ze kunnen dit voordeel van vrijstelling van aansprakelijkheid evenwel verliezen als ze uit hun

⁴⁴⁵ Dit geldt onder voorbehoud van het naleven van de voorwaarden die voorzien zijn door de artikelen 12 tot 15 van de richtlijn inzake elektronische handel en door de artikelen 18 tot 21 van de wet van 11 maart 2003 inzake bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *B.S.*, 17 maart 2003 (WDIM).

passieve rol treden met betrekking tot de gegevens die op het netwerk circuleren. Wat de internettoegangsleveranciers betreft, wordt gesteld door de richtlijn inzake elektronische handel en de Belgische wet die deze richtlijn omzet, dat deze dienstverlener de informatie die het voorwerp vormt van de transmissie niet mag selecteren of wijzigen (op straffe van verlies van het voordeel van de vrijstelling)⁴⁴⁶. Daarentegen wordt het voordeel van de vrijstelling van aansprakelijkheid niet aan deze dienstverlener ontnomen als hij kennis heeft van het bestaan van onwettige informatie (in het kader van zijn doorgefluite datatransportactiviteiten) en geen geschikte maatregel neemt (en dit, in tegenstelling met de andere dienstverleners die fungeren als tussenpersonen). De mogelijkheid om deze vrijstelling te verliezen kan beschouwd worden als een sterke aansporing ten aanzien van de operatoren en de internettoegangleveranciers om niet rechstreeks tussen te komen inzake de over te maken gegevens.

B. De toepassing van de redenering van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaken C-70/10, Scarlet t. Sabam en C-360/10, Sabam t. Netlog op de prioritering van bepaalde inhouden

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaken C-70/10, Scarlet t. Sabam en C-360/10, Sabam t. Netlog⁴⁴⁷ kunnen wij de elementen afleiden die in aanmerking genomen moeten worden bij de uitvoering (of de weigering tot uitvoering) van de blokkeringsmaatregelen van onwettige inhouden (maatregelen die een impact kunnen hebben op de vrijheid om informatie te ontvangen of te communiceren). Er dient meer bepaald een evenwicht gevonden te worden tussen de betrokken rechten en vrijheden (enerzijds: bescherming van de intellectuele eigendom, en anderzijds: ondernemingsvrijheid, recht op bescherming van persoonsgegevens en vrijheid om informatie te ontvangen en door te geven), terwijl men er zich tegelijk van dient te vergewissen dat het evenredigheidsbeginsel nageleefd wordt. In de bovenvermelde zaken, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie beslist dat het verzochte rechterlijk bevel, waarin van de dienstverlener geëist werd dat hij, op zijn kosten en op preventieve wijze, een filtersysteem zou invoeren voor alle elektronische communicaties die via zijn diensten transiteren, dat zonder onderscheid toegepast zou worden op het volledige cliënteel, verboden was⁴⁴⁸. Deze rechtspraak van het Hof van Justitie is interessant in de context van de netneutraliteit: dit principe belet immers niet dat maatregelen genomen worden ter bestrijding van onwettige inhouden, voor zover het evenwicht tussen rechten en vrijheden gevrijwaard wordt, in overeenkomst met het principe van de evenredigheid. Wat de hiërarchisering betreft van wettige inhouden en dus de blokkering van een wettige inhoud ten gunste van een andere inhoud die het gevolg

⁴⁴⁶ Art. 12, § 1 van de richtlijn inzake elektronische handel en art. 18 WDIM.

⁴⁴⁷ *H.v.J.*, 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet t. Sabam* en *H.v.J.*, 16 februari 2012, zaak 360/10, *Sabam t. Netlog*.

⁴⁴⁸ *Scarlet-arrest*, punt 54 ; *Netlog-arrest*, punt 52.

is van een volloopt van het netwerk, zou een dergelijke redenering ons kunnen inspireren om de prioriteit van de ene wettige inhoud op de andere wettige inhoud te rechtvaardigen. In een dergelijk geval dient de operator evenwel een evenwicht te vinden tussen de verschillende betrokken rechten en vrijheden (vrijheid om informatie te ontvangen en mee te delen, ondernemingsvrijheid, recht om te mogen genieten van specifieke gezondheidszorgen, recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer enz.) en het evenredigheidsbeginsel ten volle toe te passen. Deze toepassing zou trouwens steeds gebeuren onder toezicht van de rechtbanken (die desgevallend het evenwichtspunt tussen de betrokken rechten en vrijheden evalueren).

7. Naar een « Handvest van goede praktijken » of een « Gebruikersgids van de eindgebruiker » inzake de netneutraliteit

In afwachting van het uitklaren van de precieze rol die van internettoegangsleveranciers mag worden verwacht (een materie die - voor alle duidelijkheid - eveneens een voorafgaandelijke geharmoniseerde Europese aanpak vergt), lijkt het aangewezen een voldoende flexibele en dynamische aanpak toe te laten. In dat opzicht zou ervoor kunnen worden geopteerd om op nationaal niveau geen verdere wettelijke of reglementaire initiatieven te nemen, maar veeleer een beroep te doen op co- en zelfregulerende instrumenten, zoals een code, charter of handvest dat door de aanbieders van elektronische netwerken en diensten en/of internettoegangsleveranciers zou kunnen worden onderschreven (voor een voorbeeld van een dergelijk handvest, zie bijlage⁴⁴⁹⁴⁵⁰). Een dergelijk charter zou dan

⁴⁴⁹ Het ontwerp van een handvest dat gevoegd is in bijlage 1 is gebaseerd op een eerste ontwerp dat opgesteld werd door een onderzoeksteam en dat aangevuld werd met de commentaren die meegedeeld werden door de vertegenwoordigers van de sector, van de consumenten en van het politieke milieu tijdens een Workshop die gehouden werd te Brussel op 26 april 2013 en later via elektronische weg.

⁴⁵⁰ Een handvest stelt de ondertekenaars niet vrij van hun wettelijke verplichtingen en het BIPT blijft bevoegd om de maatregelen te nemen die krachtens de wet en de uitvoeringsbesluiten tot haar bevoegdheden behoren. Een handvest kan evenwel bindend zijn voor de ondertekenaars als deze dat wensen. In dit geval dient een procedure voorzien te worden die toelaat te reageren in geval van een overtreding op de verbintenissen die in het kader van het handvest goedgekeurd werden. In principe en onverminderd ieder beroep tussen de ondertekenaars op basis van het burgerlijk recht, zou het handvest dan een dergelijk mechanisme moeten voorzien en ofwel een specifiek orgaan creëren (waarbij de vraag rijst naar de wil van de ondertekenaars van het handvest om deel te nemen aan een dergelijk organisme, meer bepaald wat de financiering ervan betreft), ofwel verwijzen naar reeds bestaande organismen binnen wiens bevoegdheden het voorziene optreden zou kunnen vallen. In deze context zou men enerzijds bijvoorbeeld kunnen denken aan het BIPT dat opgeroepen zou kunnen worden om tussen te komen op basis van het artikel 14, § 1, 4° van de wet betreffende het statuut van het BIPT in geval van klacht van een operator ondertekenaar tegen een andere operator om te proberen hen te verzoenen. Anderzijds zou men artikel 43bis, § 3 van de wet van 21 maart 1991 kunnen toepassen houdende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (B.S. 27 maart 1991, *err.* 20 juli 1991) waardoor de eindgebruiker die een klacht heeft over het feit dat een operator-ondertekenaar het handvest niet naleeft door één van zijn activiteiten, zich zou kunnen richten tot de Ombudsdienst voor Telecommunicatie opdat deze laatste de klacht zou onderzoeken, en een regeling in der minne zou trachten te vinden of een aanbeveling zou kunnen formuleren aan het adres van de bedoelde operator, als er geen regeling in der minne getroffen kan worden.

een omschrijving kunnen bevatten van de voornaamste doelstellingen en de meest problematische praktijken die vermeden moeten worden. Waar nodig of nuttig zouden bovendien eventuele bijkomende engagementen van aanbieders van internettoegang kunnen worden bepaald met het oog op een nog efficiëntere bescherming van de rechten van de gebruikers - indien nodig – naast hetgeen reeds wettelijk of reglementaire voorzien is. Daarnaast zou het handvest de gebruikers ook kunnen informeren over hun reeds bestaande rechten en aldus een functie van transparantie vervullen.

Deze laatste functie zou trouwens ook vervuld kunnen worden door een « Gids van de rechten van de eindgebruiker inzake de netneutraliteit (internet) ». Deze gids zou gepubliceerd worden door de overheid (FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie ; BIPT ...) en zou de code, het charter of het handvest dat hierboven besproken werd kunnen vervangen. Tijdens een workshop die gehouden werd op 26 april 2013, hebben vertegenwoordigers van de sector, consumenten en beleidsmakers zich immers met een overgrote meerderheid uitgesproken tegen het idee van een charter of handvest, de enen omdat ze vonden dat dergelijk instrument te veel voorzieningen inhield, de anderen omdat ze meenden dat het te weinig verplichtingen bevatte.

Net zoals de Code van de EU-online rechten, die gepubliceerd werd door de Europese Commissie in december 2012, zou de gebruikersgids niet tot doel hebben om (nieuwe) rechten te creëren betreffende de netneutraliteit, maar wel bestaande rechten en principes te verzamelen om de eindgebruikers in alle transparantie in te lichten⁴⁵¹. De gids zal dus niet toepasselijk zijn als zodanig, maar de rechten en principes die erin beschreven worden zullen uitvoerbaar zijn krachtens het juridisch instrument (WEC, besluit van het BIPT,...) waaruit ze voortvloeien⁴⁵².

Tot slot noteren wij dat er eveneens een label in overweging genomen zou kunnen worden om meer gewicht te geven aan het Handvest. Een derde partij, die in het Handvest aangewezen zou worden, zou dan toezien op de naleving van de verplichtingen die in het Handvest opgelegd worden, en zou eveneens functioneren als orgaan waartoe men zich zou kunnen richten in geval van een geschil met betrekking tot de naleving van deze verplichtingen, of het nu gaat om een geschil tussen een eindgebruiker en een ondertekenaar of om een geschil tussen ondertekenaars. Als de derde partij vaststelt (op eigen initiatief of in het kader van een geschil) dat de ondertekenaar zijn verbintenissen naleeft, dan mag hij het label, dat deze naleving attesteert, behouden. In het omgekeerde geval, zal de derde partij het label afnemen.

⁴⁵¹ Europese Commissie, Code van de EU-online rechten, 17 december 2012, p 2, beschikbaar op <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/code-eu-online-rights>.

⁴⁵² *Ibidem*.

Bijlagen

Inhoudsopgave :

- Bijlage 1. Textes de l'Union européenne et de la Belgique concernant la neutralité des réseaux
- Bijlage 2. Theoretisch kader: Internet als dubbele platformmarkt
- Bijlage 3. BBC iPlayer case
- Bijlage 4. Rapportering bevraging en workshop hoofdstuk 3
- Bijlage 5. Projet d'une « Charte des bonnes pratiques en matière de neutralité des réseaux (Internet) »

Bijlage 1. Textes de l'Union européenne et de la Belgique concernant la neutralité des réseaux

<i>Directive « cadre »⁴⁵³ :</i>	<i>LCE⁴⁵⁴ :</i>
Objectifs liés à la neutralité des réseaux	Objectifs liés à la neutralité des réseaux
<p>Art. 8, § 2, b) – Concurrence</p> <p>2. Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, notamment :</p> <p>...</p> <p>b) en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu ;</p> <p>...</p>	<p>Art. 6, 2° – Concurrence</p> <p>Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées :</p> <p>...</p> <p>2° en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques</p>
<p>Art. 8, § 4, g) – Protection des intérêts des citoyens et des utilisateurs finals</p> <p>4. Les autorités réglementaires nationales soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment :</p> <p>...</p> <p>g) en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à</p>	<p>Art. 8, 7° – Protection des intérêts des citoyens et des utilisateurs finals</p> <p>Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille aux intérêts des utilisateurs :</p> <p>...</p> <p>7° en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix</p>

⁴⁵³ Directive 2002/21/EC du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), J.O.C.E. L 108/33, 24 avril 2002.

⁴⁵⁴ Loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, M.B., 25 juillet 12, *err.* 20 septembre 2012.

l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.	
---	--

<p>Directive « service universel »⁴⁵⁵</p> <p>Protection des utilisateurs finals et des abonnés</p>	<p>LCE</p> <p>Protection des utilisateurs finals et des abonnés</p>
<p>Art. 1, § 3 – Principe</p> <p>3. La présente directive ne prescrit ni n'interdit les conditions imposées par les fournisseurs de services et [Note : soit le « et » est de trop – soit « réseaux » manque – mais il n'y a pas d'erratum pour 2009/136/CE] communications électroniques accessibles au public pour limiter l'accès des utilisateurs finals aux services et applications et/ou leur utilisation, lorsqu'elles sont autorisées par le droit national et conformes au droit communautaire, mais prévoit une obligation de fournir des informations concernant ces conditions. ...</p>	
<p>Art. 20, § 1, b), 2°, 3°, 4° et 6° tirets - Transparence / éléments du contrat : limitations d'accès, gestion du trafic, restrictions concernant terminaux</p> <p>1. Les États membres veillent à ce que, lors de la souscription de services fournissant la connexion à un réseau de communications public et/ou de services de communications électroniques accessibles au public, les consommateurs, ainsi que les autres utilisateurs finals qui le demandent, aient droit à un contrat conclu avec une ou plusieurs entreprises fournissant une telle connexion et/ou de tels services. Le contrat précise, sous une forme claire, détaillée et aisément accessible, au</p>	<p>Art. 108, § 1, b), 2°, 3°, 4° et 6° tirets - Transparence / éléments du contrat : limitations d'accès, gestion du trafic, restrictions concernant terminaux</p> <p>1. Tout contrat conclu entre un abonne et un opérateur, ayant pour objet la fourniture d'un raccordement au réseau public de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public contient au moins les informations suivantes sous une forme claire, détaillée et aisément accessible :</p> <p>... b) les services fournis, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - ... - l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur

⁴⁵⁵ Directive 2002/22/EC du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), J.O.C.E. L 108/51, 24 avril 2002.

<p>moins les éléments suivants :</p> <p>...</p> <p>b) les services fournis, y compris notamment:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ... - l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu du droit national conformément au droit communautaire, - les niveaux minimaux de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par les autorités réglementaires nationales, - l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service, - ... - toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis; <p>...</p>	<p>utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu des dispositions légales et réglementaires et l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthode déterminée par l'Institut⁴⁵⁶ ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - les niveaux minimums de qualité des services offerts, à savoir le délai nécessaire au raccordement initial ainsi que, le cas échéant, les autres indicateurs relatifs à la qualité du service, tels qu'ils sont définis par l'Institut ; - l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service - ... - toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis; <p>...</p>
<p>Art. 21, § 3, c) et d) – Transparence : publication d'informations sur les modifications des limitations d'accès et sur les mesures de gestion du trafic</p> <p>3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales</p>	<p>Art. 111/1, 2° et 113, § 5 – Transparence : publication d'informations sur les modifications des limitations d'accès et sur les mesures de gestion du trafic</p> <p>111/1 L'Institut peut obliger les entreprises qui fournissent des réseaux</p>

⁴⁵⁶ Voy. Aussi : Décision du conseil de l'IBPT du 4 décembre 2012 concernant la communication de la vitesse d'une connexion fixe à haut débit, disponible sur : <http://www.ibpt.be/fr/654/ShowDoc/3895/D%C3%A9cisions/D%C3%A9cision%20du%20Conseil%20de%20l'IBPT%20du%204%20d%C3%A9cembre%202012.c.aspx>

<p>soient en mesure d'obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment :</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>c) informer les abonnés de toute modification des conditions limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées par le droit national conformément au droit communautaire;</p> <p>d) fournir des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la sursaturation d'une ligne du réseau, et sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service;</p> <p>e) ...</p> <p>f) ...</p> <p>Avant d'imposer toute obligation, les autorités réglementaires nationales peuvent, si elles le jugent approprié, promouvoir des mesures d'autorégulation ou de corégulation.</p>	<p>publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment :</p> <p>...</p> <p>2° informer les abonnés de toute modification des conditions légalement autorisées limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation;</p> <p>...</p> <p>113, § 5 Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi que les entreprises fournissant des services de communications électroniques accessibles au public fournissent à l'Institut des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la surcharge d'une ligne du réseau.</p> <p>Ces mêmes entreprises publient sur leur site Internet, à l'intention des utilisateurs finals, des informations sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service. Les informations sont également communiquées à l'Institut avant leur publication.</p> <p>L'Institut dispose d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles. Les entreprises ne peuvent publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations.</p> <p>...</p>
<p>Art. 22, §2 – Transparence : indicateurs relatifs à la qualité de service à mesurer</p> <p>Les autorités réglementaires nationales peuvent préciser, entre autres, les indicateurs relatifs à la qualité du service à mesurer, ainsi que le contenu, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels</p>	<p>Art. 113, §2 - Transparence : indicateurs relatifs à la qualité de service à mesurer</p> <p>L'Institut peut déterminer entre autres les paramètres à utiliser en ce qui concerne la qualité du réseau et du service, ainsi que le contenu, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels mécanismes de</p>

<p>mécanismes de certification de la qualité, afin de garantir que les utilisateurs finals, y compris les utilisateurs finals handicapés, auront accès à des informations complètes, comparables, fiables et faciles à exploiter.</p>	<p>certification de la qualité, afin de garantir que les utilisateurs finals, y compris les utilisateurs finals handicapés, auront accès à des informations complètes, comparables et faciles à exploiter.</p>
<p>Art. 22, § 3⁴⁵⁷ – Exigences minimales de qualité</p> <p>3. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure de fixer les exigences minimales en matière de qualité de service imposées à une entreprise ou à des entreprises fournissant des réseaux de communications publics.</p> <p>Les autorités réglementaires nationales fournissent à la Commission, en temps utile avant l'établissement de ces exigences, un résumé des raisons sur lesquelles se fondent leur intervention, les exigences envisagées et la démarche proposée. Ces informations sont également mises à la disposition de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). Après avoir examiné ces informations, la Commission peut émettre des commentaires ou faire des recommandations, en particulier pour garantir que les exigences envisagées ne font pas obstacle au fonctionnement du marché intérieur. Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des commentaires ou recommandations de la Commission</p>	<p>Art. 113, § 4 – Exigences minimales de qualité</p> <p>4. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Institut peut imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics de communications électroniques.</p> <p>L'Institut fournit à la Commission européenne, en temps utile avant l'établissement de ces exigences, un résumé des raisons sur lesquelles se fondent leur intervention, les exigences envisagées et la démarche proposée. Ces informations sont également mises à la disposition de ORECE. L'Institut tient compte le plus possible des commentaires ou recommandations de la Commission européenne.</p>

⁴⁵⁷ Voy. aussi recommandation 2012/798/UE de la Commission du 12 décembre 2012 sur la procédure de notification prévue à l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 349/72, 19 décembre 2012.

lorsqu'elles arrêtent ces exigences.	
<p>Art. 20, § 2 – Changement de fournisseur : dénonciation du contrat pour modification des conditions</p> <p>2. Les États membres veillent à ce que les abonnés aient le droit de dénoncer leur contrat sans pénalité dès lors qu'ils sont avertis de modifications apportées aux conditions contractuelles proposées par l'entreprise fournissant des réseaux et/ou des services de communications électroniques. Les abonnés sont avertis en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de dénoncer leur contrat, sans pénalité, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient à même de préciser le format des notifications en question.</p>	<p>Art. 108, § 2 – Changement de fournisseur : dénonciation du contrat pour modification des conditions</p> <p>2. Sans préjudice de l'application du Chapitre 3, section 6 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification d'une clause du contrat conclu, les abonnés ont le droit de résilier leur contrat, sans pénalité. Les abonnés doivent en être avertis individuellement et dûment, en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de résilier ce contrat sans pénalité au plus tard le dernier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur des modifications, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions.</p>
<p>Art. 30, § 5 – Changement de fournisseur: durées maximales des contrats à durée déterminée</p> <p>5. Les États membres veillent à ce que les contrats conclus entre un consommateur et une entreprise fournissant des services de communications électroniques n'imposent pas une durée d'engagement initiale excédant 24 mois. Les États membres veillent aussi à ce que les entreprises offrent aux utilisateurs la possibilité de souscrire un contrat d'une durée maximale de 12 mois.</p>	<p>Art. 108, § 3 – Changement de fournisseur: durées maximales des contrats à durée déterminée</p> <p>3. Lorsque le contrat visé au paragraphe 1er est conclu avec un consommateur, la durée d'engagement initiale du contrat ne peut excéder vingt-quatre mois. Les opérateurs offrent à leurs clients dans tous les cas la possibilité de conclure un contrat avec une durée initiale maximale de douze mois.</p>
<p>Art. 30, § 6 – Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat</p>	<p>Art. 111/3, §2 - Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat</p> <p>2. Sont nulles de plein droit (...) les clauses et conditions ou les</p>

6. Sans préjudice d'une éventuelle période contractuelle minimale, les États membres veillent à ce que les conditions et procédures de résiliation de contrat ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard du changement de fournisseur de service.	combinaisons de clauses et de conditions liées à la résiliation dans les contrats conclus entre un opérateur et un abonné, qui visent à rendre impossible ou à décourager le changement d'opérateur. ...
--	---

	<p>Art. 111/3, § 1 et § 3 - Changement de fournisseur: conditions et procédures de résiliation de contrat (dispositions supplémentaires par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>1. La résiliation par l'abonné du contrat visé à l'article 108, § 1er, peut se faire par tout moyen écrit et sans devoir en indiquer les motifs. Le contrat est résilié au moment choisi par l'abonné, même immédiatement. L'opérateur met fin au service concerné le plus rapidement possible compte tenu de la technique et en communique à l'abonné une confirmation écrite.</p> <p>...</p> <p>3. Sans préjudice de la disposition de l'alinéa 2, l'opérateur ne peut pas réclamer d'indemnité à un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel, à l'exception des numéros pour des services M2M, pour la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou pour la résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée à la fin du sixième mois qui suit l'entrée en vigueur du contrat.</p> <p>...</p> <p>En cas de rupture anticipée du contrat, une indemnité supplémentaire peut être demandée au consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel ayant reçu, gratuitement ou à un prix inférieur, un produit dont l'obtention était liée à la souscription à un abonnement à durée déterminée, qui ne peut toutefois être supérieure à la valeur résiduelle du produit au moment de la rupture du contrat, conformément à l'article 108, § 1er, e), dernier tiret.</p>
	<p>Art. 108, § 1er/1 – Remplacement et reconduction automatique du contrat (disposition supplémentaire par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>Sans préjudice de l'article 111/3, le remplacement par le même opérateur d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée conclu avec</p>

	<p>un consommateur ou un abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros, à l'exception des numéros pour des services M2M, par un nouveau contrat conclu pour une durée déterminée est uniquement possible à condition que l'opérateur:</p> <p>1° ait préalablement averti le consommateur ou l'abonné concerné par écrit que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - en n'acceptant pas le remplacement, son contrat à durée déterminée en cours sera converti par application de l'article 82 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur à sa date d'échéance en un contrat à durée indéterminée, aux mêmes conditions et gratuitement résiliable à tout moment moyennant le respect du délai de préavis applicable de maximum deux mois, et - en acceptant le remplacement, son contrat en cours sera remplacé par un nouveau contrat à durée déterminée, qui ne sera résiliable avant la date d'échéance que moyennant le paiement d'une indemnité de rupture, dont le montant sera également communiqué au consommateur ou à l'abonné concerné, et <p>2° ait reçu l'accord exprès et écrit du consommateur ou de l'abonné concerné</p>
	<p>Art. 121/1 et 121/2, – Code de bonne conduite⁴⁵⁸ pour faciliter le changement de fournisseur (dispositions supplémentaires par rapport à la réglementation européenne)</p> <p>Dans un délai de quatre mois suivant l'entrée en vigueur du présent article, les fournisseurs d'un service d'accès à internet soumettent à l'Institut un code de conduite contenant des dispositions répondant au moins aux exigences suivantes :</p> <p>1° lorsqu'un utilisateur final résilie un</p>

⁴⁵⁸ Voy. Aussi Décision du Conseil de l'IBPT du 1^{er} mars 2011, concernant l'évaluation du code de conduite ISPA concernant l'accès aux e-mails et à l'espace web conformément aux articles 121/1 et 121/2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

	<p>contrat conclu avec un fournisseur d'un service d'accès à internet concernant son service d'accès à internet et que ce contrat offrait la possibilité de créer des adresses électroniques basées sur le nom commercial et/ou les marques sous lesquels ce service d'accès à internet est commercialisé, l'utilisateur final peut, à sa demande, obtenir du fournisseur du service d'accès à internet dont il se sépare pendant au moins six mois après la résiliation du contrat, l'une des deux facilités suivantes, au choix du fournisseur :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) la mise en place d'un système d'interception automatique, qui transmet le courrier électronique arrivant à l'adresse ou aux adresses électronique(s) créée(s) à une nouvelle adresse électronique à choisir par l'utilisateur final; b) un accès au courrier électronique arrivant à l'adresse ou aux adresses électronique(s) créée(s); <p>2° lorsqu'un utilisateur final résilie un contrat conclu avec un fournisseur d'un service d'accès à internet et que ce contrat mettait un espace web à la disposition de l'utilisateur final, l'utilisateur final peut, à sa demande, obtenir du fournisseur du service d'accès à internet dont il se sépare que ce dernier permette, pendant au moins six mois après la résiliation du contrat, que le(s) site(s) internet de l'utilisateur final reste(nt) accessible(s), même si l'utilisateur final ne peut plus utiliser, par le biais de l'URL y afférente, l'espace web qui était mis à sa disposition;</p> <p>3° la mise en place des facilités visées aux points 1° et 2° peut être obtenue facilement par l'utilisateur final jusqu'au jour de la cessation du service d'accès à internet;</p> <p>4° la mise en place des facilités visées aux points 1° et 2° est gratuite pour l'utilisateur final;</p> <p>5° lorsqu'un utilisateur final exprime le souhait de résilier le contrat visé au point 1°, l'utilisateur final est informé des facilités visées au présent article.</p>
--	---

[pagina opzettelijk blanco]

Bijlage 2. Theoretisch kader: Internet als dubbele platformmarkt

In deze eerste sectie worden de onderlinge economische relaties van actoren die voor hun werking (in toenemende mate) afhankelijk zijn van het internet uitgetekend in een waardenetwerk.

Dit gebeurt op basis van een identificatie van de relevante bedrijfsrollen, een aanduiding van de industriële en commerciële relaties tussen deze rollen (welke diensten er onderling worden uitgewisseld, en welke geldstromen er kunnen circuleren in ruil voor de geleverde diensten), en het situeren van de betrokken bedrijfsactoren binnen het aldus verkregen waardenetwerk. We wensen een gedetailleerd zicht te geven op de twee belangrijkste zijden van de tweezijdige markt die het internet is: operatoren aan de ene zijde, en aanbieders van software of media aan de andere zijde.

1. Definitie waardenetwerken

Een waardenetwerk toont hoe ondernemingen—binnen de budgettaire klijtlijnen getrokken door hun aandeelhouders en dagelijks bestuur—hun hulpbronnen mobiliseren in relatie met de hen omringende actoren. Drie bouwstenen worden onderscheiden in waardenetwerken: bedrijfsrollen, bedrijfsactoren, en relaties.

- **Bedrijfsrollen** zijn logische groepen van bedrijfsprocessen die vervuld worden door een of meer actoren. Bedrijfsactoren puren waarde uit en verschaffen waarde aan de rollen die ze vervullen.
- **Bedrijfsactoren** kunnen fysieke personen zijn, bedrijven of organisaties. Er bestaan verscheidene soorten organisaties zoals de vertikaal geïntegreerde organisatie, franchise, een joint venture, etc. Actoren participeren in de creatie van economische waarde door de mobilisering van tastbare en ontastbare hulpbronnen zoals financieel, intellectueel en sociaal kapitaal.
- **Relaties** zijn de contractueel bepaalde uitwisselingen van producten of diensten tussen bedrijfsactoren en -rollen in ruil voor financiële betaling of andere hulpbronnen.

Deze elementen komen samen in een waardenetwerk. In een waardenetwerk worden de waardeketens van verscheidene industriële werelden of 'velden' parallel naast elkaar getekend, teneinde een duidelijk zicht te krijgen op welke wijze bepaalde diensten tot bij de eindconsument geraken.

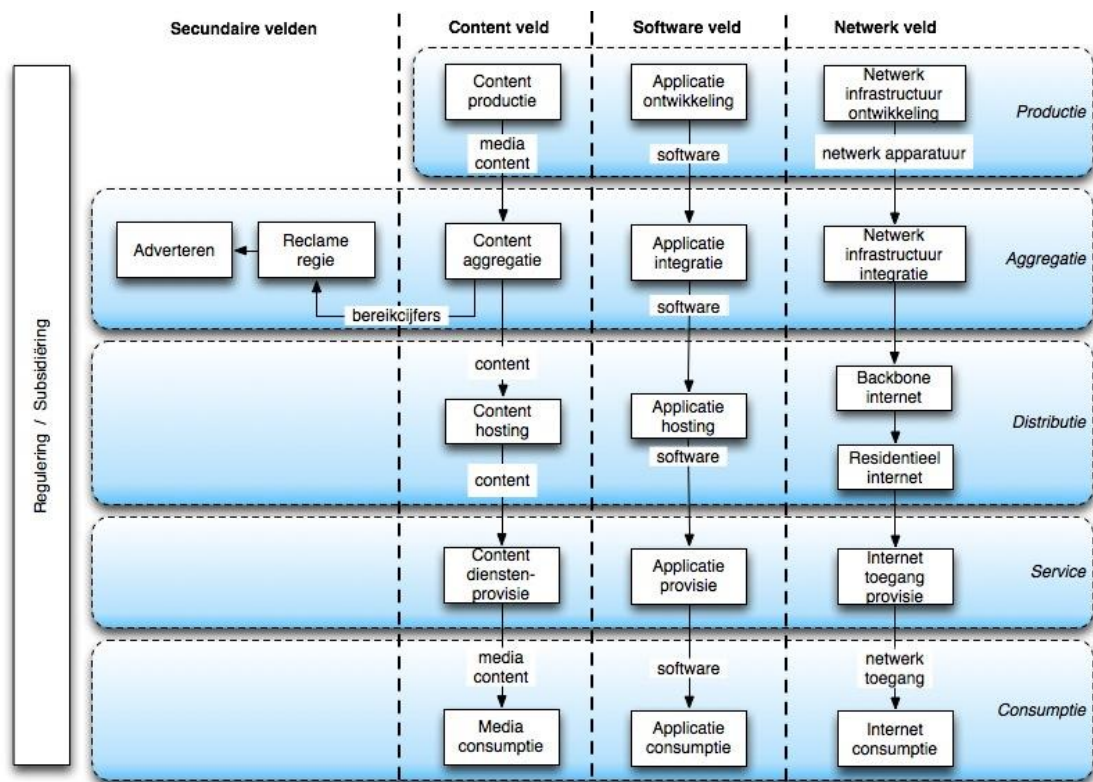
Waardenetwerkanalyse is een algemeen aanvaarde techniek uit de organisatieleer. De wortels van de methode kunnen gesitueerd worden in Porters waardeketens⁴⁵⁹, gecombineerd met de recente inzichten uit de scholen rond Industriële Organisatie

⁴⁵⁹ PORTER, Michael E. (1980) *Competitive Strategy : Techniques for Analysing Industries and Competitors*, New York: The Free Press.

en Resource Based Management.^{460,461} Christensen definieert een waardenetwerk als “de context waarbinnen een onderneming de noden van de klant identificeert en erop antwoordt door middel van probleemoplossende beslissingen, door de aankoop van hulpbronnen, door te reageren op concurrenten, en te streven naar winst”⁴⁶².

2. Generisch waardenetwerk van het internet ecosysteem

Indien de belangrijkste bedrijfsrollen uit de relevante industriële sferen worden gemapt volgens de wijze waarop ze chronologisch diensten aan elkaar leveren verkrijgt men een gestileerd overzicht van de parallelle wijze waarop de infrastructuur-, software-, content- en advertentiewereld diensten aan de eindgebruiker leveren.



Figuur 9: Generisch waardenetwerk van het internet ecosysteem

⁴⁶⁰ Normann, R. & R. Ramirez (1993) "From Value Chain to Value Constellation: Designing Interactive Strategy", Harvard Business Review, 71 (July/August 1993), 65-77.

⁴⁶¹ Stabell, C. & O. Fjeldstad (1998) "Configuring Value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks", Strategic Management Journal, 19, 413 – 437.

⁴⁶² Vertaling, p. 36 van Christensen, C. M. (1997) The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firm to Fail. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press.

In de bovenstaande figuur staan de witte rechthoeken voor **bedrijfsrollen** die kunnen gespeeld worden door specifieke bedrijfsactoren. De zwarte pijlen staan voor diensten/producten die de rollen aan elkaar leveren. De horizontale afgeronde rechthoeken representeren **dienstleveringsfases**, en wijzen op de chronologische opvolging waarmee de verscheidene geïdentificeerde bedrijfsrollen diensten aan elkaar leveren tot aan de eindgebruiker. De verticale stippellijnen markeren de grenzen tussen verschillende **industriële domeinen of velden**.

Het verdient vermelding dat in deze analyse de focus ligt op het waardenetwerk van de dienst 'Internet-toegang'. Dit waardenetwerk is verschillend van het waardenetwerk dat gebruikt wordt voor de distributie van lineaire Tv-kanalen waar de keuze van welke Tv-kanalen al dan niet geleverd worden centraal wordt beheerd door dienstenverdelers die (rekening houdend met de vraag naar en populariteit van specifieke Tv-kanalen bij het publiek) boeketten van Tv-kanalen samenstellen die ofwel in het betaalde basisaanbod of in een afzonderlijk, extra betalend, pakket worden aangeboden aan de eindgebruiker.

Onderstaande tabel geeft de korte definities van de bedrijfsrollen vermeld in het hierboven getekende waardenetwerk. In de daaronder volgende passages geven we een uitgebreider beschrijving van de verscheidene rollen.

Lijst van bedrijfsrollen, geordend volgens dienstleveringsfase	
Productiefase:	
Fase met rollen die de productie van (deel)producten op zich nemen.	
Content productie	- De productie van originele content
Applicatie ontwikkeling	- Het ontwikkelen van software door een softwarehuis
Netwerk infrastructuur ontwikkeling	- Het ontwikkelen van apparatuur die zal gebruikt worden voor de uitbouw van bepaald soort netwerk.
Aggregatiefase:	
Fase met rollen waarin het te distribueren en te verkopen product wordt geaggregeerd in bundels met herkenbare merknamen.	
Adverteren	- Het alloceren van een reclamebudget aan een bepaald medium.
Reclameregie	- Het positioneren (tegen betaling) van reclameboodschappen binnen een content bundel.
Content aggregatie	- Het bundelen van intern geproduceerde en extern aangekochte content producten onder een merknaam ('Een', 'Canvas', 'VTM', 'VT4',...).

Applicatie integratie	- Het integreren van softwaremodules tot een geïntegreerd geheel van applicatieloga.
Netwerk infrastructuur integratie	- Het integreren van de verscheidene infrastructuurcomponenten (hardware en software) tot een goed functionerend netwerk.
Distributiefase:	
Fase met rollen die de distributie van bepaalde diensten verzorgen	
Content hosting	- Het opslaan van content data op een computer verbonden aan het internet
Applicatie hosting	- Het opslaan van applicatie data op een computer verbonden aan het internet
Backbone internet beheer	- Het beheer van een backbone netwerk waarover B2B IP-verkeer wordt verstuurd.
Residentieel internet beheer	- Het beheer van een netwerk gericht naar de residentiële gebruiker.
Servicefase:	
Fase met rollen die diensten verkopen aan de eindgebruiker	
Content diensten provisie	- Het aanbieden van een dienstenbundel met gegroepeerde content aan de eindgebruiker.
Applicatie provisie	- Het leveren (via verkoop, verhuur, door reclame ondersteund,...) van geïntegreerde softwarediensten aan eindgebruikers.
Internet toegang provisie	- Het aanbieden van toegang tot het internet netwerk aan eindgebruikers.
Consumptiefase:	
Fase waarin eindgebruiker bepaalde diensten consumeert.	
- Media consumptie - Applicatie consumptie - Internet consumptie	- De consumptie van de bepaalde product- of dienstenbundels door de eindgebruiker.

C. a) Secundaire velden

Aan de linkerkzijde van de figuur staan rollen vermeld die niet essentieel zijn voor de levering van de dienst aan de eindgebruiker, maar tegelijk noodzakelijk/essentieel zijn wat betreft het functioneren van het hele waardenetwerk.

Regulering en subsidiëring

Deze twee rollen worden vervuld door overheden. Regulering slaat op een brede verzameling aan ingrepen waarmee overheden trachten sturing te geven aan bepaalde maatschappelijke aspecten.

Subsidiëring is het verstrekken van financiële steun aan bepaalde diensten of initiatieven op basis van criteria van openbaar nut.

Adverteren

Adverteren is, vanuit een waarden netwerkstandpunt gezien, *in se* de private versie van de rol 'subsidiëring'. In ruil voor een bepaald bereik zijn adverteerders bereid een bepaald bedrag te betalen voor het laten verschijnen van bepaalde commerciële boodschappen langsheen media content of software.

Reclameregie

Reclameregie (*advertisement brokerage*) beheert reclamecampagnes voor klanten in media kanalen. De meeste nieuwe media bedrijven gebruiken online reclameregies zoals Google.

D. b) Content veld

Het veld van contentproductie, -distributie en -consumptie is het domein van traditionele en nieuwe mediaspelers.

Content productie

Deze rol kan uitgevoerd worden door zowel interne productiedepartementen, externe productiehuisen, of grote internationale spelers. Interne of externe producenten staan in voor de financiering en realisatie van originele programma's waarvoor zij de uitzendrechten aankopen of bezitten.

In de traditionele Tv-wereld worden de rechten voor deze programma's vaak exclusief aan omroepen doorverkocht. Online is dit veel minder het geval (YouTube koopt zelden de rechten op geproduceerde content, alhoewel Google is begonnen met experimenten in deze zin⁴⁶³). Exclusiviteit wordt traditioneel beschouwd als een lucratieve strategie die het meeste waarde voor de programmamakers genereert, al zien we een groeiende verspreiding van niet-exclusieve content over diverse platformen (inclusief het internet)⁴⁶⁴.

Content aggregatie

Deze rol wordt verschillend ingevuld door traditionele mediabedrijven en nieuwe media actoren. Dit onderscheid is relevant omdat de traditionele mediawereld

⁴⁶³ Youtube kocht eind 2011 RightsFlow, een bedrijf gespecialiseerd in rechten op muziek. Youtube heeft ook reeds licenties afgesloten met Netflix om de exclusieve rechten op de streaming van bepaalde video te verkrijgen.

⁴⁶⁴ Nicita, A. & Rossi, M. A. (2008). Access to audio-visual contents, exclusivity and anticommons in new media markets. *Communications & Strategies*, 71(3), 79-101.

duidelijker gereguleerd is, terwijl zuivere internet actoren vaak niet onderhevig zijn aan deze regulering.⁴⁶⁵

Traditioneel staat content aggregatie voor het samenbrengen onder een merknaam ("brand") van content in dienstenbundels. Dit gebeurt zowel door omroepen als platformuitbaters. Omroepen organiseren de verworven programma's onder een noemers zoals *Een*, *VTM* of *Vier* in strategische tijdsloten terwijl platformoperatoren deze omroepen in zenderpakketten bundelen en aan de consument aanbieden. Navigatie doorheen het digitale content aanbod (in de vorm van een elektronische programmagids (EPG) of zoekinterface) wordt beschouwd als een belangrijke vorm van waardecreatie in het digitale televisielandschap.⁴⁶⁶

Online content aggregatie slaat op aggregatie van gelijkaardige content op internet platformen.

Content hosting

Content kan gehost worden door de content aggregator zelf ("in-house") of door gebruik te maken van een *content hosting provider* zoals Belgacom, Telenet of Amazon (met hun Amazon S3, een online storage dienst), of Akamai (dat een Content Distribution Network (CDN) beheert voor de distributie en replicatie van content op *edge* locaties, zo dicht mogelijk bij de eindgebruikers).

Content diensten provisie

Het leveren van de einddienst aan de consument, al dan niet in aan verkoop-, verhuur-, of reclamegebaseerde formule.

Content consumptie

Het consumeren van de content.

E. c) Software veld

Dit veld is het domein van de ontwikkeling en levering van softwarediensten.

Applicatie ontwikkeling

De ontwikkeling van software programma's.

⁴⁶⁵ Bvb. Nieuwe Tv-zenders moeten aangemeld worden bij de regionale regulator (Vlaamse Regulator voor de Media / Conseil Supérieur de l'Audiovisuel), en moeten strikte reclamerichtlijnen respecteren.

⁴⁶⁶ Katz, M.L. (2004). Industry structure and competition absent distribution bottlenecks. In E. Noam, J. Groebel & D. Gerbarg (Eds.), *Internet Television* (pp. 31-60). Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates.

Applicatie integratie

Het bundelen van verscheidene softwarecomponenten in stabiele, verkoopbare softwarebundels of -pakketten.

Applicatie hosting

Zelfde functie als content hosting (cfr. supra).

Applicatie provisie

Een *application service provider* (ASP) levert geïntegreerde bundels van softwarediensten, hoofdzakelijk in business-to-business relaties. Bijvoorbeeld, in het geval van de video content waardeketen maken ASPs tools beschikbaar voor video editing, video distributie (met streaming servers), en voor het afspelen van de video (players). De design en ontwikkeling van deze applicaties kunnen ofwel in-house gebeuren door de ASP, of uitbesteed worden aan een extern softwarehuis.

Applicatie consumptie

De consumptie van software door de eindklant.

Gelijkaardigheid van de software- en mediawereld

Terzijde kan hier worden opgemerkt hoe vanuit een bedrijfseconomisch perspectief de industriële werelden van digitale media content en software steeds meer gelijkenissen vertonen.⁴⁶⁷

Ten eerste bezitten beide werelden quasi-identieke waardeketens die beginnen bij de makers van het creatieve product (schrijvers, muzikanten, cineasten, programmeurs), via de distributeurs (games vinden doorgaans onderdak bij een softwarelabel, muziekgroepen bij een platenlabel, TV-makers bij een TV-zender en schrijvers bij een uitgever) tot aan de consumenten die bij de aankoop van een dergelijk product voortdurend moeten rekening houden met op welke platformen ze het product zullen kunnen “afspelen” (een Sony eBook behoeft een Sony eReader, een Apple AAC-bestand kun je enkel op een iPod of iPhone beluisteren, een Xbox-game een Xbox, een Playstation game Sony Playstation en een OS X applicatie een Mac computer). In het geval van computergames is het bijna onmogelijk om de scheidingslijn tussen de ICT-wereld en de culturele wereld te trekken. Parallel hiermee loopt de waardeketen van de leveranciers van de tools waarmee de eindgebruikers het product kunnen consumeren (drukpersen voor de uitgevers, camera apparatuur voor de filmmakers, instrumentenmakers voor de muzikanten, en ontwikkelingsomgevingen voor de softwareontwikkelaars).

Ten tweede, en hierdoor, vertonen de eindproducten van de software- en media wereld door de voortschrijdende digitalisering sterke bedrijfsmatige gelijkenissen.

⁴⁶⁷ Braet Olivier (2012) “Business Model Issues for the Digital Video Content Industry”, in Pauwels, Caroline & Donders, Karen, *The Future of Private Broadcasting*. London, Palgrave Macmillan.

Producenten van software bezetten gelijkaardige posities in de waardeketen als producenten van content. Computerprogramma's kunnen in softwarepakketten gebundeld worden vooraleer gedistribueerd en geconsumeerd te worden. Tijdens het vermarkten en valoriseren van hun producten worden softwareproducenten met strategische keuzes geconfronteerd inzake distributie en verkoop (exclusiviteit, prijsformules, etc.) die gelijkaardig zijn met die van de producenten van audiovisuele content. In het geval van videogames of muziek zijn de content- en software-industrie onmogelijk van elkaar te onderscheiden.

F. d) Netwerk veld

Dit veld is het domein waarbinnen netwerken worden uitgerold op basis waarvan netwerkdiensten aan eindklanten worden geleverd.

Netwerk infrastructuur ontwikkeling

Het ontwerpen en bouwen van de infrastructuur nodig voor het uitbouwen van een internet netwerk.

Netwerk infrastructuur integratie

Het integreren van de op de markt beschikbare netwerkinfrastructuur in een performant internet netwerk. Dit is een aparte rol omdat deze functionaliteit vaak wordt uitbesteed door *internet service providers*.

Backbone internet provisie

Een *backbone provider* bezit infrastructuur die netwerken met elkaar verbindt, en datatransit verzorgt tussen zgn. *last-mile providers*. Level 3 beheert een van de grootste backbone netwerken wereldwijd. Sommige andere actoren vervullen een dubbelrol. Zo is TeliaSonera tegelijk backbone provider en last-mile provider.

Relevant is dat *last-mile providers onder elkaar* zgn. "peering agreements" hebben, waarbij ze overeenkomen hun onderling verkeer gratis uit te wisselen. Echter, datatrafiek tussen een last-mile provider en een backbone provider is onderhevig aan *transit fees*.

Residentieel internet provisie

Last-mile providers bezitten dat gedeelte van het netwerk waarmee internet toegang kan geleverd worden aan eindgebruikers. De *last-mile provider* levert niet noodzakelijk zelf de dienst aan de eindconsument. In dat geval is er een bijkomende partij genaamd *Virtuele Network Operator* die internet toegang verkoopt aan residentiële klanten, terwijl de fysieke netwerkconnectie beheerd wordt door de oorspronkelijke last-mile provider.

Internet toegang provisie

Het verkopen van internettoegang aan eindgebruikers, hetzij door een operator via een netwerk in eigen bezit, hetzij door een virtuele operator die gebruikt maakt van een extern netwerk.

Internet consumptie

Het verbruiken van de dienst 'internet toegang' door eindklanten.

3. Bedrijfsactoren binnen het waardenetwerk

Relevante bedrijfsactoren

De volgende stap is om op dit waardenetwerk de verscheidene betrokkene bedrijfsactoren te situeren volgens de rollen die zij aannemen. Elke discrete bedrijfsrol kan in principe vervuld worden door een discrete actor, in welk geval de naam van de actor rechtstreeks wordt afgeleid van de rol. Bijvoorbeeld, een actor die alleen aan content aggregatie doet wordt 'content aggregator' genoemd; wie enkel de rol van content netwerkbeheer vervult wordt 'content netwerkbeheerder' genoemd, enzovoort. Vaak echter vervullen actoren meer dan één rol, in welk geval we een naam kiezen die afwijkt van de bedrijfsrol, om verwarring te vermijden.

Afhankelijk van hoe actoren worden gesitueerd binnen dit algemeen waardenetwerk, ontstaan er verschillende marktsценario's waarbinnen er verschillende diensten- en geldstromen heersen. Indien twee rollen door eenzelfde actor worden vervuld, verlopen de geldstromen *intern binnen* de onderneming, en wordt dit opgevolgd door middel van de interne boekhouding. Indien twee rollen door verschillende actoren worden vervuld, verloopt de geldstroom *extern tussen* de verschillende ondernemingen.

Een summiere lijst van mogelijke bedrijfsactoren staat hieronder opgesomd.⁴⁶⁸

Summiere lijst van bedrijfsactoren	
Adverteerder	=> Actor die reclamebudgetten alloceert voor het voeren van publicitaire campagnes
Reclamebureau	=> Actor die op vraag van adverteerders reclamecampagnes opzet en desgevraagd reclameregie voert

⁴⁶⁸ Deels gebaseerd op p. 17 uit P. 11 van 'De Belgische sector van de teledistributie.' Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie, Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel. . V.U. Lambert Verjus. Juni 2007 en p. 39 uit SUMMER, Rene (2008) Reshaping the business of television. EBR Vol. 3: 38-41.

Beheersmaatschappij	=> Organisatie die instaat voor het beheer en de inning van content rechten
Productiehuis	=> Actor die content produceert <ul style="list-style-type: none"> - Externe productiehuisen (Kanakna, Woestijnvis,...) particuliere Tv-makers - Interne productiecapaciteit binnen de omroepen - ...
Omroep	=> Actor die zelf geproduceerde of extern aangekochte content aggregereert onder een 'brand naam'. <ul style="list-style-type: none"> - Binnenlandse openbare omroepen (VRT, RTBF, BRF) - Lokale omroepen - Buitenlandse openbare omroepen (Nederlandse, Franse, Britse, etc. openbare omroepen) - Belgische private omroepen (VTM, VTA,...) - Buitenlandse private omroepen - ...
Internet Backbone Provider	=> Actor die netwerkgebaseerde diensten verkoopt aan andere (telecom) bedrijven
Netwerkoperator	=> Actor die de controle bezit over specifieke netwerken <ul style="list-style-type: none"> - Kopergebaseerd netwerk (Belgacom) - Coaxgebaseerd netwerk (Telenet) - ...
Internet Service Provider	=> Actor die internet toegang verkoopt aan eindgebruikers. <ul style="list-style-type: none"> - ... over koperkabel (Belgacom) - ... over coaxkabel (Telenet) - ... over een draadloos netwerk => Actoren die enkel deze rol vervullen maar geen eigen netwerk bezitten worden aangeduid als (M)VNO: (Mobiele) Virtuele Netwerkoperator.
Netwerkoperator	=> Actor die de controle bezit over specifieke netwerken <ul style="list-style-type: none"> - Kopergebaseerd netwerk (Belgacom) - Coaxgebaseerd netwerk (Telenet) - ...
Eindgebruiker	=> De consument die de finale dienstenbundels (TV, Internettoegang, software) consumeert, al dan niet tegen betaling.

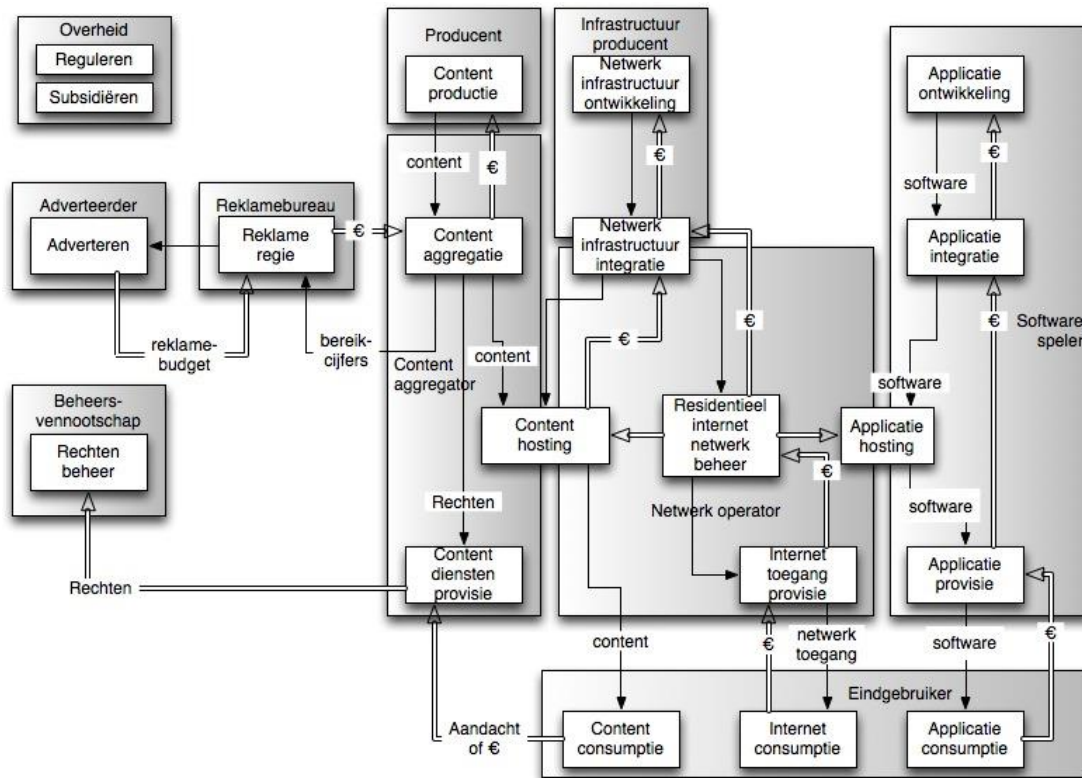
Naargelang het industriële scenario zullen bepaalde actoren meer of minder rollen vervullen, wat wijst op een hogere of lagere mate van industriële concentratie. **Verticale integratie** impliceert het verenigen van verscheidene rollen die elkaar chronologisch opvolgen binnen dezelfde industriële waardeestroom. **Horizontale integratie** impliceert het verenigen van rollen die zich in parallelle industriële sferen bevinden. Bijvoorbeeld, Apple breidde bvb. haar kernrollen van hard- en softwaremaker uit met de rol van content aggregator bij de lancering van het iTunes platform voor muziek- en video-downloads. (Echter, de rol van 'Content hosting' besteedt Apple uit aan zgn. Content Delivery Networks zoals Akamai.) Google breidde haar kernrol van online reclameregisseur uit met de rol van content aggregatie en content host in het geval van hun YouTube platform.

Indien een actor vele rollen vervult binnen dezelfde verticale stroom hebben we te maken met een sterke vorm van verticale integratie, wat een direct effect zal hebben op de samenwerkingsverbanden met alle actoren uit het waardenetwerk, inclusief met actoren uit de andere stromen (of 'industriële sferen'). Naarmate eenzelfde actor meer dergelijke rollen in zich verenigt (= sterke verticale integratie) neemt de samenwerking met andere actoren immers af. Indien zeer weinig rollen worden geïntegreerd binnen eenzelfde actor (= modularisering van het ecosysteem), zullen er meer onderlinge samenwerkingsovereenkomsten moeten opgemaakt worden, wat een toename van de intra- en crossindustriële contractuele bepalingen impliceert.

In de volgende sectie mappen we bedrijfsactoren op het waardenetwerk van het internet.

Mapping van bedrijfsactoren

In onderstaande figuur worden een aantal standaard actoren gemapt op het generische waardenetwerk. De zwarte pijlen representeren nog steeds geleverde diensten, terwijl de witte pijlen staan voor geldstromen of andere waarestromen (zoals aandacht).



Figuur 10: Bedrijfsactoren gemapt op het generische waardenetwerk.

De rollen van content hosting en applicatie hosting kunnen ofwel:

- door de eigenaar van de content of de applicaties zelf verzorgd worden
- uitbesteed worden aan een netwerkoperator
- uitbesteed worden aan derde partij.

Daarom zijn deze rollen weergegeven als overlappend over verschillende actoren heen. Naargelang het concrete bedrijfsscenario (opties a, b, of c) zal de rol binnen het domein van deze of gene actor vallen. Indien de operator naast zijn kernrol van het leveren van internettoegang ook de rol van hosting opneemt, vergroot zijn dominantie in het waardenetwerk. De rol van internettoegang provisie blijft echter strategisch sterker voor de operator, aangezien content of software dienstenleveranciers makkelijker de functionaliteit van hosting kunnen weghalen van de operator en uitbesteden aan een externe derde partij, terwijl dit voor het leveren van internettoegang provisie veel minder het geval is (tenzij de dienstenleveranciers zelf de rol van ISP zouden adopteren).

Het groeiende belang van platform markten

Naast de rollen die actoren spelen, de commerciële relaties ze onderling hebben, en de relatieve positie van elke actor in het waardenetwerk, is het belangrijk om aan te duiden of een 'verbindende' actor aan doorverkoop doet, of zich als een platform gedraagt. In de volgende paragrafen gaan we dieper in op twee fundamentele trends op het vlak van de industriestructuur. Deze trends gaan in belangrijke mate gepaard met de evolutie van een waardeketen naar een waardenetwerk en laten toe de toekomstige modellen voor waardecreatie en waardedistributie in de industrie te exploreren.

We zijn getuige van een overgang naar een ruimer media-ecosysteem dat mogelijkheden schept voor spelers die voorheen actief waren in andere markten en industrieën. Vroeger werden alle activiteiten binnen de audiovisuele waardeketen door traditionele mediaspelers gecontroleerd. Publieke omroepen produceerden en programmeerden de aangemaakte of aangekochte content, en verspreidden deze langs netwerken die ze zelf beheerden of waartoe ze gegarandeerde toegang hadden⁴⁶⁹. Digitale ontwikkelingen hebben evenwel de intrededrempels verlaagd zodat voornamelijk telecomoperatoren als *gatekeeper* een groeiend belang in de audiovisuele omgeving verworven hebben.

De strategie van de waardeketen is geworteld in traditionele industriële productieprocessen (automobil, kleding, voeding, etc.) gericht op de verkoop van producten die resulteren uit een transformatieproces. Nieuwe technologische 'combinaties' als gevolg van disruptieve innovatie in informatietechnologie hebben evenwel geleid tot meer dynamische vormen van waardecreatie en complexe waardesystemen. Strategie ligt niet langer in het bezetten van een aantal activiteiten in de waardeketen, maar in het opbouwen van interacties met andere stakeholders – leveranciers, partners, klanten etc. – in een ruimer systeem van waardecreatie⁴⁷⁰. In de digitale economie vloeit waarde niet zozeer voort uit het transformeren van grondstoffen in afgewerkte producten, maar uit het faciliteren van transacties tussen diverse soorten gebruikers rond producten en diensten. Dit vereist een innovatief managementperspectief gefocust op het uitbouwen van strategische relaties en samenwerkingsmodellen met andere bedrijven. De heroriëntering van de rigide waardeketen naar een flexibel 'waardenetwerk' wordt vandaag beschouwd als één van de belangrijkste uitdagingen op het vlak van strategisch management⁴⁷¹. De erosie van de traditionele waardeketen door de complexe en circulaire relaties tussen de diverse businessrollen en -partners stelt de spelers uit alle betrokken

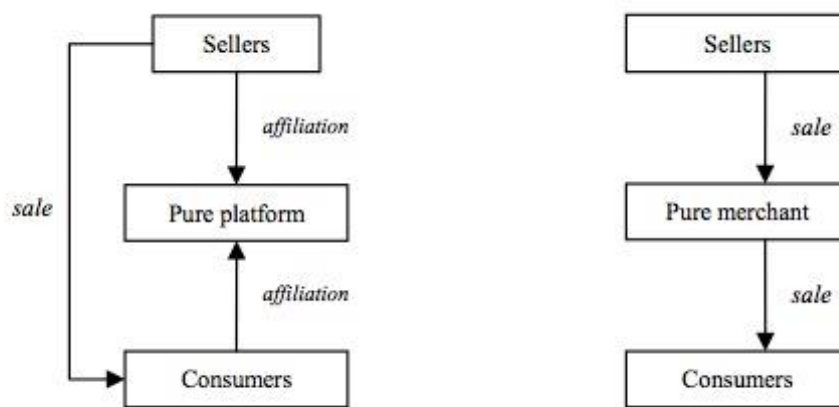
⁴⁶⁹ Küng, L.; Kröll, A-M.; Ripken, B. & Walker, M. (1999). Impact of the digital revolution on the media and communications industries. *Javnost-the Public*, 6(3), 29-48.

⁴⁷⁰ Norman, R. & Ramírez, R. (1993). From value chain to value constellation: designing interactive strategy. *Harvard Business Review*, 71(7-8), 65-77.

⁴⁷¹ Allee, V. (2009). Value Creating Networks: Organizational Issues and Challenges. *The Learning Organization*, 6(6), 427-442.

industriën voor de belangrijke uitdaging innovatieve business- en samenwerkingsmodellen te exploreren.

e onderlinge verhoudingen tussen mediaspelers en netwerkspelers evolueren zeker in het geval van online markten van een doorverkoopmodel naar een platformmodel. Het medialandschap evolueert hierbij van een wereld waarin producten op chronologische wijze worden gedistribueerd naar de consumenten—het zgn. 'merchant model' of doorverkoopmodel waar elke actor in de waardeketen eens zijn product is doorverkocht naar de volgende actor niet betrokken is bij wat er verder gebeurt in de waardeketen—naar een 'platform model'⁴⁷² waar aanbieders en consumenten zich rond een platform verzamelen. Deze evolutie veroorzaakt een verandering in de hele morfologie en commerciële dynamiek van het medialandschap.



Figuur 11: Tweezijdig platform en 'merchant' model.⁴⁷³

Er moeten **vier voorwaarden** vervuld zijn om van een tweezijdige markt te kunnen spreken.⁴⁷⁴ **Ten eerste** moet er sprake zijn van positieve netwerkeffecten. Dit impliceert dat de adoptie van de verhandelde producten niet mag belemmerd worden door de afwezigheid van een brede, dominante standaard. In de telecommunicatie sector worden deze standaarden meestal overeen gekomen in internationale standaardisatieorganisaties, terwijl in de informatie technologie (IT) sector standaarden meestal opgang maakten doorheen de dominantie van specifieke marktspelers, zoals Microsoft erin slaagt om haar standaarden in belangrijke mate op te leggen aan het gehele PC ecosysteem.

⁴⁷² J.-C. ROCHET & J TIROLE (2003) 'Platform Competition in Two-sided Markets.' Journal of the European Economic Association, June, 1(4), pp. 990-1029.

⁴⁷³ HAGIU, Andrei (2007) 'Merchant or Two-Sided Platform?', Review of Network Economics, Vol.6, Issue 2.

⁴⁷⁴ PARKER, G & VAN ALSTYNE, M. (2005) Two-Sided Network Effects. Management Science, 51(10), pp. 1494-1504.

Ten tweede moet het product design gekenmerkt worden door een bepaalde vorm van slimme ontbundeling, waar een afzonderlijk deel wordt gelanceerd voor *verschillende zijden* van de markt. Zo wordt Adobe Reader gratis downloadbaar aangeboden aan de particuliere consument en Adobe Writer betalend aangeboden aan de professionele gebruiker. Deze ontbundeling is verschillend van traditionele multiproduct voorbeelden. In multiproduct cases worden beide delen van de bundel door *dezelfde* groep consumenten verbruikt. Bijvoorbeeld, in het “razor & blades” business model worden scheermesjes en de scheermeshouder door dezelfde consumentengroep gekocht.

Ten derde moet er, wat het financieel design betreft, prijsdiscriminatie (discriminatie in de betekenis van ‘verschillende behandeling’) bestaan tussen de verschillende gebruikersgroepen. Dit staat precies toe om de ene zijde van de markt gratis te laten genieten van het product, terwijl de andere zijde de inkomsten levert die de productsubsidie precies toelaat.

Ten vierde moet het platform dat zich tussen de twee zijden van de markt bevindt de zoek- en transactiekosten die zich voltrekken tussen de beide gebruikersgroepen zo laag mogelijk proberen houden.

Hoe dominanter de eindverkoper, hoe sterker zijn onderhandelingspositie met zijn toeleveranciers. De betrokken partijen dienen dus steeds na te denken over de volgende vragen: a) wie controleert de strategische variabelen van prijssetting, advertenties en distributie, b) hoe wordt het economische risico gespreid over de producent en de partij die de relatie met de eindklant onderhoudt, en c) wie bezit de sterkste merknaam die de eindgebruikers associëren als het kanaal waarlangs men de eindproducten kan verkrijgen.⁴⁷⁵

4. Tweezijdige platformen

De digitalisering van de informatiestroom oefent een radicale impact uit op de verspreiding van goederen, diensten en informatie en als een gevolg ook op de distributiemodaliteiten en de verticale structuur van de communicatiebusiness. Naarmate netwerkinfrastructuur een belangrijkere rol opeist in de verspreiding en consumptie van content en applicaties, neemt het gewicht van tussenschakels in de digitale economie toe⁴⁷⁶. Platformgiganten zoals Google (inclusief YouTube) en Facebook zijn uitgegroeid tot iconen van de hedendaagse internetindustrie en genereren aanzienlijke economische waarde dankzij hun strategie van gratis toegang en advertentiegebaseerde inkomsten. Platformen – zowel in softwarevorm als hardware – worden aanzien als de bouwstenen van het hedendaagse media-

⁴⁷⁵ HAGIU, Andrei & Lee, Robin S. (2009) ‘Exclusivity and Control’, Harvard Business School Working Paper No. 08-009, August 2007, revised February 2009.

⁴⁷⁶ Illing, G. & Peitz, M. (Eds.). (2006). Industrial organization and the digital economy. Cambridge: MIT Press

ecosysteem en door Gawer⁴⁷⁷ gedefinieerd als een “*building block, which can be a product, a technology, or a service, that acts as a foundation upon which other firms can develop complementary products, technologies or services*”.

In een industrie waar de focus ligt op de mediatie eerder dan transformatie van goederen en diensten fungeren platformen in toenemende mate als tussenschakel tussen de diverse stakeholders.

Traditioneel stemmen tussenschakels (“intermediairen”) de eisen van verkopers (aanbod) en kopers (vraag) op elkaar af en brengen zo een evenwichtsprijs tot stand. Hoewel intermediairen geen volstrekt nieuw gegeven zijn binnen de digitale economie, dienen traditionele tussenpersonen de uitdagingen van disintermediatie het hoofd te bieden. Als mediaproducten directe toegang tot de consument verkrijgen (disintermediatie), fungeren netwerken zelf als markten en dreigen tussenschakels hun strategische waarde te verliezen. Zo werd de muziekindustrie geconfronteerd met een hoge mate van disintermediatie toen succesvolle P2P-netwerken (Napster, Kazaa, BitTorrent etc.) consumenten de mogelijkheid boden muziekkopieën illegaal uit te wisselen. De nieuwe technologische omstandigheden gaven evenwel aanleiding tot de ontwikkeling van nieuwe intermediairen (zoals iTunes in de muziekindustrie). De verlaging van de transactiekosten maakt dit proces van re-intermediatie mogelijk en leidt ertoe dat producenten hun verticaal geïntegreerd businessmodel inruilen voor horizontale marktrelaties en zich toespitsen op een beperkt aantal activiteiten rond een platformfunctie^{478,479}.

Met betrekking tot deze intermediaire rol onderscheidt Hagiu⁴⁸⁰ twee polaire types tussenschakels: het eenzijdige doorverkoopmodel en het tweezijdige platformmodel. In het doorverkoopmodel verwerft een intermediair goederen die op hun beurt worden doorverkocht aan de mogelijke afnemers. Dit model is gebruikelijk binnen de waardeketen waar elke actor zijn product doorverkoopt aan de volgende schakel en verder niet of nauwelijks meer betrokken wordt bij de circulatie van dat product. Een veelgebruikte variant van dit model is terug te vinden bij de uitgeverijen van dag- en weekbladen, die hun product niet op groothandels- maar op consignatiebasis aanleveren. Omdat de uitgevers alle onverkochte exemplaren opnieuw ophalen, blijven de verkooppunten uitsluitend verantwoordelijk voor het werkelijk verkochte aantal exemplaren.

In het huidige media-ecosysteem evolueert dit eenzijdig doorverkoopmodel naar een tweezijdig platformmodel waarrond zowel producenten als consumenten zich verzamelen. Deze platformen creëren dus waarde door het faciliteren van transacties tussen verschillende soorten gebruikers zonder eigendom

⁴⁷⁷ Gawer, A. (2009). Platforms, markets and innovation: an introduction. In A. Gawer (Ed.), *Platforms, Markets and innovation* (pp. 1-16). Cheltenham: Edward Elgar.

⁴⁷⁸ Jandoš, J. (2001). On the role of intermediaries in digital economy. Proceedings of 9th International Conference on Systems Integration (pp. 503-508). Prague, Czech Republic, 11-12 juni.

⁴⁷⁹ Zwass, V. (1996). Electronic commerce: structures and issues. *International Journal of Electronic Commerce*, 1(1), 3-23.

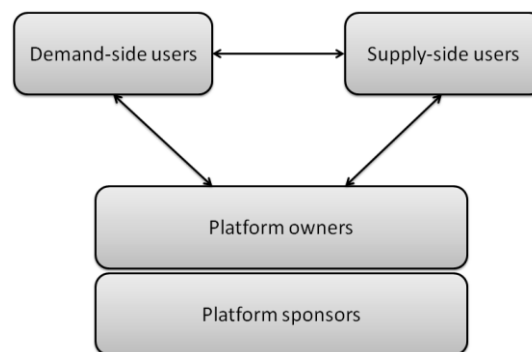
⁴⁸⁰ Hagiu, A. (2007). Merchant or two-sided platform. *Review of Network Economics*, 6(2), 115-133.

te claimen over de goederen en diensten die via het platform worden verhandeld. eBay, 's werelds grootste veilingssite, laat geregistreerde gebruikers toe goederen rechtstreeks aan geïnteresseerde kopers aan te bieden en voorziet veilige en gebruiksvriendelijke betalingsmodaliteiten (via PayPal). In ruil voor zijn diensten krijgt eBay een vastgelegd percentage op de totale transactiewaarde.

Binnen een tweezijdig platform worden normaliter vier bedrijfsrollen onderscheiden:

- (1) producenten (*supply-side*);
- (2) consumenten (*demand-side*);
- (3) platformexploitanten; en
- (4) platformponsors (zie figuur). De platformponsors bepalen in welke mate deze rollen al dan niet open (vb. Linux, Google, Android), gesloten (vb. Apple) of gemengd (vb. Microsoft Windows) zijn⁴⁸¹.

De performantie van een tweezijdig platform hangt in belangrijke mate af van de kruissubsidiëring tussen verschillende zijden van de markt en de coördinatie van netwerkeffecten via een gedeeld platform. Het principe van de tweezijdige markt stelt dat het mogelijk wordt (maar niet noodzakelijk) dat de ene zijde van de markt gesubsidieerd wordt door de andere zijde. Om kritische massa en netwerkeffecten te genereren, wordt één zijde van de markt vaak (quasi) gratis aangeboden^{482 483}. Op die manier krijgen internetgebruikers gratis toegang tot portaaldiensten zoals Google en Hotmail terwijl deze platformen inkomsten genereren uit reclame. Bovendien bieden deze platformen vaak premiumdiensten aan met extra functionaliteiten (onbeperkte toegang, ruimere keuze, hogere kwaliteit, personalisatie, etc.) waarvoor de consument bereid is te betalen⁴⁸⁴.



Figuur 12: Typologie van platformrollen (gebaseerd op Eisenmann et al. 2008)

In meerzijdige markten vloeit waarde voort uit de coördinatie van goederen en diensten tussen diverse types gebruikers die betalen voor hun toegang tot het

⁴⁸¹ Eisenmann, T.R., Parker, G. & Van Alstyne, M. (2008). Opening platforms: how, when and why? Working Paper. Boston: Harvard Business School.

⁴⁸² Parker, G.G. & Van Alstyne, M.W. (2005). Two-sided network effects: a theory of information product design. *Management Science*, 51(10), 1494-1504.

⁴⁸³ Rochet, J.-C. & Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1029

⁴⁸⁴ Anderson, C. (2009). *Free. The Future of a Radical Price*. New York: Hyperion.

platform. Hoe meer gebruikers het platform rond zich verzamelt, hoe meer waarde gecreëerd wordt. Netwerken en platformen strijden om de positieve netwerkeffecten, die aanleiding geven tot schaalvoordelen aan de vraagzijde, te internaliseren (Katz en Shapiro 1985; Shapiro en Varian 1999). Platformen kunnen zowel directe als indirecte netwerkeffecten genereren. Terwijl directe netwerkeffecten resulteren uit interacties tussen dezelfde types gebruikers van compatibele producten of diensten, coördineren meerzijdige platformen verwachtingen van verschillende en afhankelijke gebruikersgroepen, die aanleiding geven tot indirecte netwerkeffecten.

Aangezien gebruikers extra gebruikers aantrekken, zijn substantiële netwerkeffecten essentieel voor nieuwe platformen om kritische massa te bereiken in netwerkindustrieën. Platformen kampen vaak met een kip-en-ei probleem omdat één zijde van de markt onderontwikkeld blijft en netwerkeffecten ontbreken⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Evans, D.S. & Schmalensee, R. (2009). Failure to launch: Critical Mass in Platform Businesses. Working Paper. Boston: Harvard Business School.

Bijlage 3. BBC iPlayer case

Deze case illustreert goed hoe er spanningen kunnen ontstaan tussen lokale mediaspelers, die minder onderhandelingsmacht hebben dan de grootste internetspelers zoals Google of Facebook, en operatoren, die trachten de content dienstenaanbieder te laten meebetalen voor de investeringskost van het netwerk.

De case is relevant voor de Belgische situatie gezien het Stieve initiatief van de VRT, VMMA en SBS Belgium, dat momenteel in testfase zit, en waarmee men tv zal kunnen kijken via een app. Het is belangrijk dat deze dienst in de toekomst ook over een *public lane* voldoende performant blijft. Het staat de aanbieders van een dergelijke dienst vanzelfsprekend vrij om zelf te investeren in adequate apparatuur om alle kijkers te kunnen bedienen, maar de keuze van de media dienstenaanbieder om bijkomende contracten af te sluiten met operatoren die een *managed lane* functionaliteit ter beschikking stellen zou vrij moeten blijven, onderhevig aan de gangbare marktwerking, en niet opgelegd mogen worden door de operatoren.

Van de specifieke BBC iPlayer case kan gemeld worden dat er op het einde van de rit geen meerkosten zijn aangerekend aan de content speler BBC, en deze specifieke discussie dus ook geëindigd is zonder een problematische afwijking op netneutraliteit te hebben veroorzaakt.

De case illustreert eveneens hoe discussies rond netneutraliteit optreden op momenten dat de netwerkcapaciteit nog schaars is voor een specifiek soort nieuwe diensten—in dit geval streaming video van de Britse openbare omroep—maar dat deze disputen vanzelf verwateren naarmate de capaciteit van het internet netwerk groeit.

In het geval van de BBC iPlayer traden spanningen op tussen de content industrie en de netwerklaag. De BBC iPlayer is een service ontwikkeld door de tv-zender BBC waarmee gebruikers uit het Verenigd Koninkrijk naar live televisie kunnen kijken, tv- en radioprogramma's van de laatste 7 dagen herbekijken, programma's online kunnen afspelen in hoge kwaliteit, en tv-programma's kunnen downloaden op hun computer. De dienst werd gelanceerd eind 2007, na een lange fase met testgebruikers.

De dienst was onmiddellijk uiterst populair bij eindgebruikers. In de eerste drie maanden werden meer dan 42 miljoen programma's bekeken via de *catch-up* TV dienst⁴⁸⁶. Tegen oktober 2009 liep dit op tot 70 miljoen bezoeken en een totale trafiek van zeven petabytes aan data.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ Wakefield, J. 2008. *BBC and ISPs clash over iPlayer*, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/technology/7336940.stm>

⁴⁸⁷ Singh, T. 2009, *CXO Exclusive with John Linwood CTO at the BBC*. <http://www.cxo.eu.com/news/john-linwood-iplayer/>

Maar deze populariteit veroorzaakte wrijvingen met ISPs. In april 2008 schatte de BBC dat de iPlayer een impact van 3-5% had op het netwerk. De ISPs daarentegen claimden dat de iPlayer en gelijkaardige *on-demand* TV-diensten hun netwerken vertraagden, in die mate dat ze verplicht waren om te investeren in bijkomende netwerkcapaciteit. Aan de BBC werd gevraagd bij te dragen tot deze investeringen. Plusnet, een kleine ISP, toonde dat in de eerste twee maanden meer klanten steeds meer video streamden, wat leidde tot een toename in streaming kosten van £17,233 naar £51,700 per maand⁴⁸⁸. Ofcom schatte dat ISPs £830 zouden moeten investeren om te betalen voor de extra capaciteit nodig voor *on-demand* TV diensten. Een andere ISP, Tiscali, vroeg ook een bijdrage van de BBC licentie inkomsten om een deel van de kosten te dragen. Ze dreigden met een “BBC tax” bovenop hun huidige breedband abonnementsprijzen⁴⁸⁹.

De vijandelijkheden tussen BBC en ISP's namen toe tot het punt dat Ashley Highfield (toenmalig hoofd van Future Media and Technology bij de BBC) verklaarde dat ISP's niet zouden moeten proberen om kosten door te rekenen aan de *content providers*, en geen technieken mogen gebruiken zoals “throttling” van gebruikers die grote hoeveelheden content downloaden. Hij stelde dat klanten zeer negatief zouden reageren op het afremmen of zelfs afblokken van bepaalde video-inhoud omdat de content provider geen heffing had betaald aan bepaalde ISPs. Hij benadrukte dat wanneer gebruikers een maandelijks bedrag betalen aan hun ISP's voor onbeperkt breedband, ze verwachten dat alle inhoud gelijk behandeld wordt⁴⁹⁰.

In april 2008, terwijl de BBC en ISP's reeds werkten aan een overeenkomst die de kwaliteit van de dienstverlening voor de iPlayer zou garanderen, stelde Ofcom in een gezamenlijke zitting van het Lagerhuis *Culture, Media & Sport and Business and Enterprise committee* dat aanbieders van inhoud (en de BBC) niet moeten bijdragen aan de kosten voor het upgraden van de nationale breedbandinfrastructuur, maar dat het geld moet gegenereerd worden op basis van een nieuwe bedrijfsmodellen.⁴⁹¹

De door BBC beoogde oplossing bestond uit het opbouwen van een eigen CDN (Content Delivery Network). Door het installeren van servers in ISP-netwerken zouden de netwerkkosten gecontroleerd kunnen worden.⁴⁹²

Echter, in december 2008 kondigde BBC aan dat het geen eigen CDN zou uitbouwen, maar verkoos het in zee te gaan met CDN-provider Velocix om “een systeem te testen dat servers plaatst bij ISP's die de meest populaire iPlayer

⁴⁸⁸ Tomlinson, D. *iPlayer Usage Effect - A Bandwidth Explosion*. 2008
<http://community.plus.net/blog/2008/02/08/iplayer-usage-effect-a-bandwidth-explosion/>

⁴⁸⁹ Williams, C. *BBC vs ISPs: Bandwidth row escalates as Tiscali wades in*. 2008
http://www.theregister.co.uk/2008/04/09/bbc_tiscali_iplayer/

⁴⁹⁰ Warman, M. *Who will pay for the new web?* 2008
<http://www.telegraph.co.uk/scienceandtechnology/3357>

⁴⁹¹ Harris, J. *BBC not liable for broadband infrastructure costs*. 2008
<http://www.thetelecom.co.uk/20080423/bbc-not-liable-for-broadband-infrastructure-costs/>

⁴⁹² Williams, C. *How the BBC plans to save your ISP*. 2008
http://www.theregister.co.uk/2008/03/19/iplayer_content_delivery_networks/page2.html

programma's cachen of opslaan". Bijgevolg is het aan ISP's om aan te melden bij Velocix voor toegang tot de CDN-dienst.⁴⁹³ Tegelijkertijd zocht de BBC ook naar een kwaliteitsverhogende oplossing. BBC begon met een test platform voor het streamen van H.264-video, een formaat dat zorgt voor een betere videokwaliteit bij lagere datasnelheden, samen met Level3 als CDN-provider. Oudere inhoud zou nog steeds worden geleverd door Akamai CDN tot BBC volledig zou overstappen naar H.264-video. Dit veroorzaakte onmiddellijk nieuwe klachten van ISP's.

Akamai staat alle ISPs toe om gratis te connecteren, wat betekent dat ISP's geen IP-transitkosten moeten betalen. Level3, daarentegen, connecteert als *Tier one* operator enkel met grote ISP's die veel trafiek genereren, wat betekent dat kleine ISP's wel IP-transitkosten zouden moeten betalen.^{494,495, 496} De BBC iPlayer-service werd ook gelanceerd voor Virgin Media kabel-tv klanten en voor de iPhone en Nokia mobiele toestellen.

BBC werkte met ITV en Channel een 'one-stop shop' genaamd *Kangaroo* waar de programma's van de drie omroepen ofwel gratis, ofwel te huur of te koop worden aangeboden.⁴⁹⁷ De Britse mededingingsautoriteit zei wel dat dit initiatief marktverstoring zou kunnen zijn voor *video-on-demand* in het Verenigd Koninkrijk.⁴⁹⁸ In antwoord op deze kritiek stelde de BBC voor om de iPlayer-technologie te delen met andere omroepen zodat ze hun eigen versies van de iPlayer kunnen creëren.⁴⁹⁹

Eind 2009 werd een variant van de iPlayer dienst gelanceerd voor het Wii game platform. Dit kanaal toont lagere resolutie videos van BBC programma's tot zeven dagen na hun live uitzending. In februari 2011 werd het aanbod van de iPlayer uitgebreid met programma's van andere broadcasters (ITV1, 2, 3 en 4; Channel 4, More 4, Film 4, Channel 5, 5*, 5USA and S4C.) Wanneer een gebruiker voor het programma van een andere *broadcaster* kiest, dan wordt hij doorgestuurd naar de respectievelijke catch-up pagina van die *broadcaster* (resp. ITV Player, 4OD of Demand 5).

Deze case toont de veranderende relaties tussen content dienstenleveranciers en operatoren. Alhoewel de manier waarop de discussie wordt gevoerd een sterk operationeel karakter heeft, zijn de achterliggende bedrijfseconomische strategische beweegredenen duidelijk zichtbaar. De BBC beschouwt interferentie met hun dienst

⁴⁹³ BBC. *BBC iPlayer now available on Mac.* 2008 December 18, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7787335.stm>

⁴⁹⁴ Powell, R. *Level 3 at the BBC.* 2008 <http://www.telecomramblings.com/2008/08/level-3-at-the-bbc/>

⁴⁹⁵ Williams, C. *BBC iPlayer upgrade prompts new ISP complaints.* 2008 http://www.theregister.co.uk/2008/08/22/bbc_cdn_isps_level3/

⁴⁹⁶ Rayburn, D., *News Reporting On CDNs Getting Shoddy: Case In Point, Akamai And The BBC*, in *www.streamingmedia.com*, 2008, http://blog.streamingmedia.com/the_business_of_online_vi/2008/08/news-repoting-o.html

⁴⁹⁷ Sweney, M. *Broadcasters to launch joint VoD service.* 2007 <http://www.guardian.co.uk/media/2007/nov/27/bbc.itv?gusrc=rss&feed=technology>

⁴⁹⁸ BBC. *On-demand video 'not competitive'* 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/7762241.stm>

⁴⁹⁹ BBC. *BBC's iPlayer 'could be shared'* 2008 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/7777679.stm>

als een inbreuk in het neutrale karakter van het internet. De operator beschouwt belastende diensten als een bedreiging van het optimaal functioneren, van hun netwerk. De broadcaster BBC wenst over-the-top haar diensten aan te bieden, gebruik makend van het *public lane* internet netwerk. De operatoren wensen het recht te behouden om aan zwaar belastende diensten beperkingen op te leggen wat betreft netwerkconsumptie.

Bijlage 4. Rapportering bevraging en workshop hoofdstuk 3

Deze annex bevat een samenvatting van de reacties genoteerd tijdens een reeks van persoonlijke ontmoetingen met stakeholders betrokken bij het netneutraliteit dossier. Onder elke vraag staat een synthese van de uiteenlopende reacties die we mochten noteren. We merkten een algemene terughoudendheid om geschreven antwoorden te leveren op deze vragenlijst, dus de weergave van de verscheidene opinies is voor rekening van notulist, Olivier Braet (iMinds-SMIT, V.U.B.). De antwoorden staan ingekleurd in [blauw](#). In het Engels schriftelijke of mondelinge gegeven antwoorden lieten we in de oorspronkelijke taal laten staan. De respondenten hadden niet onmiddellijk een standpunt over elke vraag.

1. **Ik antwoord als** (Dit antwoord komt terug in onderstaande vragen als [actor]):

- ☐ Privaat persoon
- ☐ Consument of gebruikersvereniging
- ☐ Internet netwerkoperator of service provider
- ☐ Associatie van Internet netwerkoperatoren of service providers
- ☐ Content of applicatie service provider
- ☐ Associatie van content of applicatie service providers
- ☐ Openbare administratie

2. **Profielinformatie**

Een persoonlijk bezoek werd afgelegd bij de volgende stakeholders: Telefonica, Verizon, Telenet, Belgacom, Beltug, OIVO-CRIOC, Microsoft-Skype, en BEUC. Met de volgende stakeholders werd herhaaldelijk contact opgenomen, maar konden geen antwoorden worden genoteerd: TestAankoop, Agoria, ISPA, EDRI, Schedom, AlphaNetworks, EDPNet.

3. **Algemene beginselen**: Netneutraliteit wordt verondersteld bij te dragen aan de bescherming van de belangen van de Europese burgers en met name de drie fundamentele rechten van toegang tot onderwijs, vrijheid van meningsuiting en toegang tot informatie, naast de promotie van niet belemmerde mededinging in de sector van elektronische communicatie, met inbegrip van de doorgifte van content:

- Q : Garandeert de huidige Belgische regelgeving omtrent netwerknneutraliteit de toegang tot onderwijs, vrijheid van meningsuiting en toegang tot informatie? Zo ja, waarom? Zo niet,

waarom? Hoe en met welke regelgeving⁵⁰⁰ (grondwet, wetten, KBs,...) en / of regulering⁵⁰¹ (bijvoorbeeld de BIPT besluiten) zou de huidige situatie kunnen behouden blijven / verbeterd worden?

Operator: The NN principle is shared by most telecom operators, content providers and users; all agree that the access to Internet should remain open, non-discriminatory and transparent. It is also important to remark the general consensus that exists with respect to the economic and social interest in preserving the open character of Internet, in defence of users' rights The issue is really how to pursue this principle.

Up to now, European regulation provides for provisions aimed at protecting user's rights. Regulatory scrutiny should, above all, be focussed on protecting users' rights and freedom of choice.

We are convinced that the current EU regulatory framework as it stands, contains all the appropriate tools to deal with any issue of concern, wherever it arises, and on a case-by-case basis. Additionally, Competition Law as well as other regulatory provisions such as those related to Privacy and Data Protection can tackle any other potential concerns.

We support an open Internet and believes it will continue being in the long term the prevailing option.

Gebruikersorganisatie: Als er een charter komt, dan moeten hier alle minimale dienstenaspecten vermeld staan wat betreft minimale access tot het internet. Precies omdat zoveel essentiële zaken nu reeds online staan en je veel economische handelingen niet of veel moeilijker kunt doen zonder internet, zou er een wetgeving moeten zijn analoog aan de wetgeving die stelt dat alle Belgische consumenten het recht hebben op een zicht- en spaarrekening. Transparantie in het contract is kernvoorwaarde.

- Q : Welke andere doelstellingen zou netwerkneutraliteit kunnen helpen nastreven en welke regelgeving (grondwet, wetten, besluiten, ...) en/of regulering (bvb. de BIPT beslissingen) zouden in dit verband (kunnen) genomen worden?

Gebruikersorganisatie: The innovation aspect could be given some attention: net neutrality can enable or protect bottom up initiatives, from small players or individuals.

⁵⁰⁰ Regelgeving slaat in deze vragenlijst op de algemene **maatregelen** zoals getroffen door de wetgever (Wetten, Koninklijke Besluiten,...).

⁵⁰¹ Regulering slaat in deze vragenlijst op de manier waarop de regelgeving **wordt toegepast** (bvb. regulering door BIPT, of autoregulering door de sector).

4. **Specifieke werkdefinitie van het Netneutraliteit concept:** « *All electronic communication passing through a network is treated equally, without prejudice to applicable regulation. That all communication is treated equally means that it is treated independent of (i) content, (ii) application, (iii) service, (iv) device, (v) sender address, and (vi) receiver address. Sender and receiver address implies that the treatment is independent of end-user and content/ application/service provider. Legal traffic management measures remain possible. »*
- Q : Is het bovenstaande volgens u een **accurate definitie** van het begrip « NN »?

Operator: Authorities have to overcome the limitations of a rigid application of the network neutrality concept, ensuring a broad availability of network resources, services and applications to final users at prices that best match their needs, i.e. a reasonable relationship between what a customer pay and their usage either through pricing or through service definition.

Our view is that the NN debate addresses mainly the protection of users' rights and their freedom of choice, while at same time claiming for the ability to manage traffic on our networks, and permit differentiation of Internet access service.

Net neutrality refers in general to a principle whereby all electronic communication networks must carry all data streams in a neutral fashion, in other words regardless of their nature, their content, their sender or recipient.

However, the NN debate is relevant when applied to the best effort Internet services. Managed services provided by the access provider to the end users are outside the scope of this debate. Therefore, **we do not share the wide scope of the proposed definition "All electronic communication passing through a network..."**

We stress that it is necessary to protect operators' ability to manage traffic on their networks, and permit differentiation of Internet access service in terms of price and characteristics, subject to guarantees of transparency and of no anticompetitive discrimination. Therefore, **we do not agree to include in the definition the statement "Legal traffic management measures remain possible"**, mainly because we disagree with an close ex-ante list of accepted traffic management practices.

Traffic management techniques are essential not only for an efficient operation of the services and networks but also to maximize performance within the above boundaries, in order to deliver the best QoE to customers in competition with the other providers.

Gebruikersorganisatie: De wetgeving liever niet op nationaal niveau organiseren. We pleiten naar Commissaris Neelie Kroes en BEREC toe dat er initiatief op Europees niveau komt, wat de aanpak rond netneutraliteit kan harmoniseren. In het kader van pan-Europese bedrijfsvoering zou fragmentatie vooral tot hogere kosten leiden. Wij zijn zeker voor een netneutraliteitsregeling, maar wenst dat de mobiele netwerken ook onder deze regeling valt. Wij zijn zeker pro-NN, maar benadrukken dat het mobiele netwerk er ook moet in zitten. Een uiterst belangrijk punt is dat voor bedrijven goede kwaliteit van netwerking heel belangrijk is geworden. SLA's zijn essentieel geworden voor fixed networks. Een performant netwerk is essentieel voor bedrijven, zeker als ze met clouddiensten werken voor bedrijfskritische processen.

Voor mobiele met LTE beginnen deze SLA's ook op te nemen. De leverancier van LTE netwerken mogen niet door NN wetgeving geconfronteerd worden met een situatie waar geen SLA mogelijk is.

Operator : maakt een onderscheid tussen B2B en B2C internetdiensten. B2B net neutraliteit valt eigenlijk buiten scope van de discussie, maar kan soms een mededingingskwestie zijn. Eventuele problemen daar worden al opgevangen met het reguliere mededingingsrecht, indien er een dominantie kan worden aangetoond. Net neutraliteit is voor ons vooral een consumentenkwestie. Er moet vermeden worden dat er een onduidelijke definitie is van "eindgebruiker", omdat onze eindgebruikers bedrijven zijn, die op eigen initiatief beperkingen vragen. Bvb. Managed VOIP : "Bij business operatoren zijn contracten gebaseerd op templates van de klant."

In de Belgische wetgeving is het onderscheid tussen de consument en de bedrijvenmarkt niet altijd duidelijk gedefinieerd. Indien er netneutraliteitsregulering of wetgeving komt, dan moet dit duidelijk over de residentiële gebruiker gaan, niet over de bedrijfsafnemer. **Dit onderscheid is neergeschreven in de toelichting bij de Nederlandse Wet, en mag zeker niet vergeten worden bij de Belgische initiatieven.**

Operator: NN can be defined as the ability of user to access anything on the internet. To send, share consume, information must happen uninhibited, in order to accrue positive contributions to social and economic dimensions. Art 22 of universal service directive is preventive, and ex-ante. The legislation in theory shows a strong intent to protect net neutrality. It is difficult to assess whether our products can be accessed freely. Mobile operators sometimes do block.

Some operators also complain about regulatory uncertainty. The Dutch legislation is very detailed and good. But there a discussion immediately erupted around privacy and DPI. We need much more clarity in terms of (provisional) access to data. What traffic management measures are seen as acceptable and not? Pure blocking is not done. But some ISPs push some services in the most expensive packages.

Gebruikersorganisatie: The consumer aspect is covered well. (Consumers need to be able to enjoy the full end-to-end principle of the internet. The ecosystem aspect is less present. For example, Google or Facebook are willing to pay for preferential access, and this might also disturb the market. A basic principle should be that operators are not allowed to unilaterally change the customer equipment. A clear distinction should be made between managed services on the one hand and public internet on the other. Another general principle should be that the pricing of a connection can never depend on the content that goes through.

- Q : Are certain **aspects missing**?

Operator: The concept of network neutrality has evolved alongside the development of the Internet, diluting the boundaries between traditional telecommunications

services with new Internet business models, both in competition for the capture of revenue across the Internet value chain.

The core of the debate deals with the need and specific terms of a regulatory policy aimed at preserving free and non-discriminatory access to content, services or applications available on the Internet using fixed and mobile access networks.

Key questions in the debate are, inter alia, (1) how much control Internet stakeholders can rightly exert over the traffic, (2) whether this principle is compatible with the sustained traffic growth on the networks, in particular mobile ones (3) the role of OTTs and terminal manufacturers in the scope of net neutrality.

The dimensions of the debate are:

(1) A technical-economic dimension

The net neutrality debate concern both operators, ISPs and their relationship with users is first and foremost, a technical and economic one, with three core issues at stake (1) investment and increasing capacity (2) operators engaging in traffic management and managing the scarcity of bandwidth – by differentiating the traffic streams conveyed over the network, e.g. by giving priority to certain services or throttling others and (3) the quality of service provided to end users. In addition the debate can involve other players, such as device manufacturers and content and application providers.

(2) Societal and ethical dimensions

The balance that needs to be achieved – when looking at the content travelling over the networks – between protecting fundamental, notably individual, freedoms, the need to maintain public order and national security, and the obligations that public powers can legitimately impose on operators as a result. We are clearly supportive of ensuring that the privacy and data protection provisions are not undermined by the implementation of any such traffic management technique.

Operators' traffic management measures do not restrict consumer's fundamental rights, such as freedom of speech or privacy of telecommunications. They are concerned with the way the service is delivered, not with the actual content of the data carried over the network. In particular, network management practices do not restrict the freedom of speech as it is not concerned with the content of the data carried over the network.

- Q : Would you find it useful to include this or another **definition of the concept of “NN” in the legislation**? If so, why?

Operator: **NO. A country-by-country net neutrality approach and legislation, fragmenting the Single Market must be overall precluded.**

The EU framework for electronic communications includes transparency measures that further enhance consumers' ability to make informed choices regarding their Internet service. In addition, NRAs dispose of a new reserve competence to prevent a possible degradation of service quality for consumers.

The European Commission, BEREC and NRAs monitor ISPs practices to ensure that provisions are applied **in all Member States in a consistent and uniform approach at EU level**. We support the Commission plans to publish in 2013 a Recommendation on NN with the aim to provide legal certainty and to reinforce a single, i.e. unique approach avoiding market fragmentation. Both goals are expected by the financial community in order to support the required investments in networks infrastructures.

5. Als [actor], welke **definitie van "traffic management"** hanteert u? Welke definitie van « redelijke vorm van traffic management » zou u geven? Indien relevant voor uw geval: welke technische ingrepen implementeert u zelf om de kwaliteit van uw internetdiensten te verbeteren?

Operator: **Reasonable or "fair" form of management** is generally accepted as a necessity to guarantee an efficient operation of the services and networks. It also maximizes performance within the above economic and technical boundaries, in order to deliver the best quality of experience to customers in competition with the other providers. Mobile networks' performance is more sensitive to traffic load than fixed networks, making traffic management even more critical.

Several **traffic management techniques** are deployed by ISPs for several purposes, in particular for the delivery of the Internet access service with the adequate level of quality:

- (1) *Restrictions applied, under network congestion or at peak hour: for example, throttling of P2P as part of usage policy contentions indicated in contracts, mainly in mobile networks;*
- (2) *Measures to ensure network security and integrity like spam blocking, DDoS mitigation, etc. and mechanisms to control exceptional situations of signalling congestion;*
- (3) *Measures to enforce legal order: to block access to content from the network under judicial mandate;*
- (4) *Application optimisation of content accessed by users: these techniques are mainly applied to optimise the bandwidth use, mainly in mobile access to optimise end user experience (i.e. optimisation of web content by compressing the images, adapting download bit rate etc.);*
- (5) *Technical measures that enforce the contractual terms, throttling bandwidth to customers exceeding their contracted monthly data allowance (e.g. data caps): is common practice mainly in mobile broadband access services, although in some cases, fixed access services can also be affected;*

Gebruikersorganisatie has no official definition, but is asking the legislator to define it as good as possible. The "unforeseen, non-pri   and exceptional" remark in the law text is a first good step.

6. Welke is volgens u de beste aanpak: Een **restrictieve aanpak** (Alle traffic management verbieden, maar uitzonderingen toestaan) of een **niet-restrictieve aanpak** (Traffic management is principieel toelaten, maar met een definitie van wat redelijk is).

Operator: The principle of technological neutrality is a base of the net neutrality debate; it is expected that the driver of the regulatory debate has to be the purpose, the intentionality and the effects on the use of traffic management practices: technicalities and ex-ante restrictive approaches will become a clear drawback.

Specific techniques and practices are continuously evolving and being superseded, therefore any intention to ban, rule or even prescribe any specific techniques will be

pointless in the near future. Hence, the particular implementation of traffic management techniques is almost irrelevant in the scope of this debate.

Moreover, we also consider unnecessary to regulate the labelling as "Internet access" of subscriptions that restrict access to some Internet services, content or applications. The key issues are (1) what each subscription allows you to do on the Internet, (2) provide adequate transparency for consumers to make informed choices, and (3) there is effective choice in the market; therefore we see that the focus should not be on the prohibition of specific labelling of any of the options available. Transparency before signing a contract and later on is the key issue to help consumers understand what they are able to access and exercise choice.

Regulatory intervention, and more specifically with the adoption of an ex-ante restrictive approach could have unintended consequences; it is important to enable the market to develop naturally and not distort it. Intervention and specific rules could stifle innovation of services that have the potential to offer greater consumer choice and benefit; such restriction could be harmful to consumers, be disproportionate and create barriers to the generation of new revenue streams which can support investment.

Undue strict regulatory limits that reduce the scope for QoS differentiation would restrain network competition and the customer ability to choose the services they require and best match their needs.

Gebruikersorganisatie: bij voorkeur niet-restrictieve aanpak. Netwerk mgmt moet kunnen. Traffic mgmt op vraag van de klant is verschillend van opgelegde traffic management. Definitie van "reasonable traffic mgmt" moet geharmoniseerd zijn met andere EU lidstaten.

Gebruikersorganisatie is uitgesproken voor een restrictieve aanpak.

Gebruikersorganisatie opts for a restrictive approach. Some players are closing down the openness of the internet as a platform with for example walled gardens. Compartmentalisation of the Internet should be avoided, and market concentrations should be countered.

Operator kan zich vinden in een charter dat dienst doet als een checklist op basis waarvan de regulator kan aftoetsen of er sprake is van een problematische afwijking van netneutraliteit. Er wordt wel voor gepleit om de klachten niet naar de ombudsdienst sturen, maar het beste worden behandeld door het BIPT, om te vermijden dat er een bijkomende organisatie is die op gebrek aan transparantie of marktverstoring controleert. Dit impliceert wel dat er voldoende werkingsmiddelen beschikbaar komen voor BIPT voor deze activiteit.

IT-leverancier would plead for a non-restrictive approach. In this respect, the French & Canadian regulator can be mentioned: the first choice when facing demand for capacity is to offer **more** capacity, not restrict capacity. Traffic management should only be used for technical, security and legal reasons. The French regulator uses a list of criteria in this respect: relevance, proportionality, transparency, ... Such a checklist could be used by BIPT. Then if there is a complaint, the ISP has to come

and justify the traffic management practices. The Canadian approach is also considered as a best practice.

IT-leverancier does not see a direct need for new legislation, but does recommends "self-regulation with oversight". In this context the Danish approach is mentioned, where the operators created a forum to tackle this issue.

7. Is **implementatie van "traffic management"** volgens u(w organisatie):
[X] Nodig [] Aanvaardbaar [] Problematisch
=> Waarom vindt u het nodig, aanvaardbaar, problematisch? :: **Voor goed beheer van diensten naar de klanten toe.**

Operator: Networks are shared resources that are designed to give a certain performance within the boundaries of economic and technical constraints; the Internet requires some traffic management practices to ensure efficient operation for all users and to prevent degradation of service.

It is important to note that all Internet users are affected by network performance degradation or deadlock regardless of their individual contribution to the problem.

Therefore traffic management is an essential tool for network providers and ISPs to avoid congestion as much as possible and reduce to a minimum its effects when inevitable for the benefit of the all of Internet users (i.e. end-users and ASPs).

=> Indien nodig of aanvaardbaar, met welk doel doet u het?

Operator: Networks and more specifically those supporting best effort Internet services have to deal with traffic from very different applications which have distinct requirements and compete to satisfy diverse customer usages. Managing QoS in order to provide the appropriate Quality of Experiences across different segments of customers is the right tool to fulfil these needs and has become a key competitive factor.

Networks are shared common platforms that are used by different users (business, residential, end users, application providers ...) for multiple purposes and applications (voice communications, gaming, access to information, video sharing...)

The requirements put on network resources by these variety of users and applications range widely (eg video, voice communications and gaming are very stringent in their requirements on latency but not so much on error protection while file transfer application requires the other way round).

Additionally each customer (end users and application providers) has requirements and priorities on what traffic they value (eg. a hospital may give greater value to real time critical communications associated with surgery than regular e-mail or, an applications provider of HDTV would like the best quality conditions for the delivery of its premium content or even a household would like to give priority to business oriented e-mail over teenagers chatting traffic).

The challenge for network providers and ISPs is to optimize the allocation of the scarce network resources to different usages according to their specific requirements and simultaneously provide the different users with the capability to accommodate the performance network service they need.

Restrictions in the capabilities of network providers and ISPs in developing fair traffic practices and Qos differentiation at this stage will hamper innovation in networks and consequently in applications.

8. Zijn er **specifieke diensten** (van uw onderneming) **waarvoor "traffic management"** ...

	... essentieel is	... nuttig is	... storend is
Dienst a: gebruikersorganisatie: Mobiele diensten met SLA's	X		
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie mentions here that some bundled contracts treat the bandwidth as a single black box. Contracts should mention to the consumers the amount of bandwidth used for subsets of services. And maybe if bundles like these are offered, one should plead for splitting the infrastructure.

9. Van welke diensten vindt u het **doorrekenen van kosten aan consumenten** bij implementatie van "traffic management":

	Nodig	Aanvaardbaar	Problematisch
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie finds all these services problematic if they are hidden to the consumer in a black box.

10. Van welke diensten vindt u het **doorrekenen van kosten aan andere industriële actoren** bij implementatie van "traffic management":

	Nodig	Aanvaardbaar	Problematisch
Dienst a: Gebruikersorganisatie: Mobiele diensten met SLA's		X	
Dienst b:			

Gebruikersorganisatie considers this as an example of the 'Google Tax'. Looking at this from a two-sided market perspective, Google is already paying CDNs, so should not be forced to additionally pay the operators to provide a service to consumers.

11. Oplijsting van mogelijke problemen inzake NN

- Q : Bent u momenteel op de hoogte van inbreuken op het principe van NN in België in het verleden? Zo ja, welke?
- Q : Van welke problemen verwacht u dat ze zich in België zouden kunnen voordoen en hoe zou het invoeren van NN daar een oplossing kunnen voor zijn?
- Q : In welke mate heeft de specifieke Belgische marktsituatie (vb. concurrentie VDSL & kabel, openstelling TV-markt) een impact op uw inschatting van het risico?

Gebruikersorganisatie considers that the reserving of a part of a consumers' WiFi hotspot for other users can be problematic. Netneutralitymap.org & VON have further lists of identified net neutrality restrictions.

12. In welke zin verschilt de Belgische markt t.a.v. andere markten in Europa?

IT-leverancier mentions that in Scandinavian countries self-regulation works well, while in France a law was needed. The Belgian market might fall between these two poles.

Gebruikersorganisatie: The Belgian retail internet market is a near duopoly.

13. Kunt Belgische cases situeren in de onderstaande tabel?

			Media- of Applicatie Dienstenaanbieder				
			Investeert in QoS/E		Investeert niet QoS/E		
			Rekent kost door		Rekent niets door	Rekent kost door zonder diensten te verbeteren	
			100% aan consument	100% aan sponsor	Kost intern gedragen / Geen meerkost (0)	100% aan sponsor	100% aan consument
	Rekent kost	100% aan consument	Positieve voorbeelden				

I.S.P. investeert ⁵⁰²	door ⁵⁰³		van SLA's				
		100% aan sponsor ⁵⁰⁴		505			
ISP investeert niet ⁵⁰⁶	Rekent de kost niet door /	Kost intern gedragen /					
	Geen meerkost	Geen kosten					
	Rekent kost door (degradatie 'public lane') ⁵⁰⁷	100% aan sponsor					
		100% aan consument				Beltug: Negatieve vormen van niet nagekomen SLAs	

Gebruikersorganisatie: [Transparantie](#) :: Operatoren geven nu enkel statistieken van de beloofde bandbreedte. Er moeten garanties kunnen ingebouwd worden op het niveau van de applicatie – netwerk communicatie.

Gebruikersorganisatie: [states that every NRA should force all telecom operators to have at least one fully neutral package. But it should be avoided that this becomes the “hidden package”. The best option is to always sell full access packages.](#)

14. Bestaande instrumenten NN

⁵⁰² 'Investeert' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *bovenop* een public lane'. (Dus de managed lane connectie is een verbetering tov de vroegere connectie. De nieuwe public lane is even performant dan voorheen.)

⁵⁰³ In deze rij investeert de I.S.P. in een betere "managed lane", **en** verkoopt deze superieure dienst aan de consument of aan een sponsor (deze laatste kan de dienstenaanbieder zijn, of enige andere externe partij). Zie o.a. Clark, D., B. Lehr, S. Bauer, P. Faratin, R. Sami and J. Wroclawski (2006) „Overlay Networks and the Future of the Internet”, Communications & Strategies, 63, third quarter, 1-21.

⁵⁰⁴ "Rekent kost door aan sponsor" slaat hier op sponsors in de breedste zin van het woord. Dus niet enkel 'adverteerders betalen een stukje', maar ook 'een factuur wordt gestuurd naar enig welke andere partij.'

⁵⁰⁵ We gaan er van uit dat de kost voor de consument van het consumeren van reclame lager is dan het rechtstreeks moeten betalen van een extra bedrag. (De kost voor reclame kan worden uitgedrukt in 'deels verloren tijd').

⁵⁰⁶ 'Investeert niet' betekent hier: 'Introduceert een managed lane *binnenin* de public lane'. (Dus de managed lane connectie gaat ten koste van de beschikbare bandbreedte in de public lane).

⁵⁰⁷ In deze rij creëert de ISP een 'managed lane' en 'public lane', maar realiseert dit onderscheid door de kwaliteit van de 'public lane' te degraderen, om zo meer te kunnen aanrekenen voor de 'managed lane' die eigenlijk niet verschilt met de snelheden/stabiliteit/betrouwbaarheid van de vroegere 'public lane'.

Operator: The competitive market for network services in Europe already guarantees customers adequate competition, transparency and choice of service plans. Network Neutrality regulation would lead to decreased flexibility and less effective network management, and thus, reduced choice for consumers.

The right balance between individual and collective rights in using Internet access network services is most effectively achieved by transparency and the ability of users to easily change providers.

There are very few real problems with regard to the openness of networks. We stress that we don't think that any additional obligations need to be introduced above and beyond those that are already in existence.

Highly competitive markets, as it is the case across the EU, is the best way to avoid any concern related to potential practices by ISPs which could undermine customers' expectations when using and having access to the Internet. Users should be able to choose among different offers and services providers which best suits their needs. Differentiation in tariffs and service capabilities is the sign that markets are performing in a highly competitive way.

European regulation provides provisions aimed at protecting user's rights. Transparency is a key tool to protect users and to ensure competition. Transparency enables consumers to make informed choices and thus benefit fully from competition.

The approach towards transparency should be pragmatic with no over prescriptive rules to achieve it. Since no one-size-fits-all solution is possible operators should be allowed to explore flexible approaches towards ensuring transparency for their customers, i.e. by means of self-regulatory approaches.

As an extreme remedy, in case of major service degradation the Framework empowers National Regulators to impose on operators' minimum quality of service levels.

As we indicated before, the debate has a dual approach: the protection of user rights and the reasonable network management practices under conditions of transparency and non-discrimination. In any case, it is considered neither appropriate nor desirable to establish a specific regulation to ensure the openness of the Internet.

All policies **at EU level** should moreover aim for a level playing field for competing in the Internet, addressing issues of competition, openness and consumers' rights not only at the level of electronic communications networks and services but wherever they emerge in the Internet value chain.

Further NN regulation can be really harmful for market development if it sets:

- Retail pricing restrictions or closed criteria for pricing
- Restriction on technologies and techniques used by the operator for managing the network instead of looking for the final use or aim of it
- Ex-ante definition of Internet Access Service
- Different principles for Fixed and Mobile: both should be subject to same rules despite different realities (i.e. congestions due to mobility concentration)

Operator strongly believes that commercial flexibility to innovate and to negotiate commercial agreements with all players in the value chain is the best way to meet customers' needs. No one-size-fits-all solution is possible, operators should be allowed to explore flexible approaches ensuring transparency by means of self-regulatory approaches.

Operator fears that inappropriate Net Neutrality regulation might hinder innovation in business models and urges the European Commission and other political stakeholders to set up pro-innovation framework.

- A) **M.b.t. Algemene bevoegdheid BIPT betreffende bescherming van de belangen van de gebruikers** : Artikel 8, 7° van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat het BIPT “het vermogen bevordert van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen en diensten van hun keuze”.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?
- B) **M.b.t. Algemene bevoegdheid BIPT betreffende bevordering van de concurrentie** : Artikel 6, 2° van de Wet Elektronische Communicatie zet Artikel 8, 2° b van de Kaderrichtlijn om en bepaalt dat het BIPT de concurrentie bevordert door het zorgen "ervoor dat er in de sector van de elektronische communicatie geen verstoring of beperking van de concurrentie is".
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit, zelfs als de transmissie van content niet expliciet geïmplementeerd wordt? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen? (Dient er iets aan de regelgeving worden toegevoegd / aangepast / verwijderd)? Hoe kan BIPT dit doel bevorderen? Welke types van inhoud moeten gedekt zijn?)
- C) **M.b.t. Marktanalyses en opleggen van verplichtingen**: Artikel 54 e.v. van de Wet Elektronische Communicatie bepalen dat het BIPT na een analyse van de betrokken markt verplichtingen kan opleggen (vb. prijs, toegang, non-discriminatie) aan marktpelers met sterke marktpositie.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: **BIPT moet voldoende capaciteit hebben om NN op te volgen.**

- D) **M.b.t. Transparante informatie in contracten**: Artikel 108 §1, b) van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat “*ieder contract dat gesloten wordt tussen een abonnee en een operator op zijn minst de volgende inlichtingen in een heldere, gedetailleerde en gemakkelijk toegankelijke vorm dient te bevatten: 2° informatie over eventuele beperkingen inzake toegang tot en/of gebruik van diensten en toepassingen, indien zulks volgens de wettelijke en reglementaire bepalingen toegestaan is en informatie in verband met de snelheid en het downloadvolume van een breedbandaansluiting die overeenkomstig de door het Instituut*

vastgelegde methodologie wordt gemeten; 4° informatie over door de onderneming ingestelde procedures om het verkeer te meten en te sturen, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting wordt verzadigd of oververzadigd, en over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening; 6° alle beperkingen die de leverancier heeft opgelegd met betrekking tot het gebruik van geleverde eindapparatuur”.

- **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

- E) **M.b.t. Transparante informatie diensten en toepassingen:** Artikel 111/1, 2° van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat het BIPT de aanbieders van netwerken of diensten kan verplichten *“abonnees te informeren over eventuele wijzigingen in de wettelijk toegestane voorwaarden voor beperking van de toegang tot en/of het gebruik van diensten en toepassingen.”*
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: *Even a transparently communicated infraction of NN is still wrong.*

- F) **M.b.t. Transparantie over toegepast netwerkbeheer:** Artikel 113, §4 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat aanbieders van netwerken en diensten “het Instituut informatie leveren over de ingestelde procedures om het verkeer te meten en vorm te geven, om te voorkomen dat een netwerkaansluiting verzadigd of overbelast wordt. [a] Diezelfde ondernemingen publiceren op hun website informatie ten behoeve van de eindgebruikers over de wijze waarop deze procedures gevolgen kunnen hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening. De informatie wordt voor publicatie eveneens aan het Instituut verstrekt. [a] Het Instituut beschikt over een termijn van een maand om zijn eventuele opmerkingen te formuleren. De ondernemingen mogen de informatie pas publiceren nadat rekening is gehouden met deze opmerkingen.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Operator: *In general, traffic management policies are designed to provide a good QoE for users. Transparency of traffic management policies applied by operators should be aimed at helping users to make informed choices; the level of information that is relevant to consumers is however variable, and depends on the specific consumer segments.*

However, at all cost it should be avoided to create confusion on the consumers due to excessive or continuously changing technical information that can be less relevant for consumer's choice.

Gebruikersorganisatie: Definities van 'transparant' zouden beter Europees worden vastgelegd.

IT-leverancier hopes for a solution that does not impose additional red tape, but that gives clear rules of industrial behaviour. Traffic management should be well defined, so the operators know what they have to deal with. Managed services should be able to exist, and do exist. The consumer must know what kind of access they are buying. Public lane services should be able to exist alongside managed services. Price and coverage are the main criteria for choice for consumers. People will change if they don't have access to very popular services such as Youtube. But with Skype people don't switch. You need some legislation on top of the auto-regulation with clear guidance where you want them to go.

Gebruikersorganisatie: Even a transparently communicated infraction of NN is still wrong.

- G) **M.b.t. Minimumkwaliteit:** Artikel 113, §5 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt : *“Teneinde een achteruitgang van de dienstverlening en een belemmering of vertraging van het verkeer over de netwerken te voorkomen, kan het Instituut minimumvoorschriften inzake de kwaliteit van de diensten opleggen aan de aanbieders van openbare elektronische-communicatienetwerken.”*
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Operator: Regarding parameters related to QoS, in particular effective speed and quality, it is important to know that the access operator is not the only actor responsible for these parameters. The access operator is one of the actors involved in the delivery of the service, but it does not control the entire end-to-end path.

Any performance information that the ISP can report is restricted to its own infrastructure. Whatever is outside cannot be controlled (and this applies to all the quality parameters of this section).

Establishing an unduly (high) minimum QoS to all network providers and ISPs will reduce the competitive possibilities provided by full QoS differentiation, will raise the networks costs - which are supported by all end users - and will lead to a reduction in competition and innovation and eventually to limits in user's choice.

- H) **M.b.t. Maximale duurtijd contracten:** Artikel 108 §2 van de Wet Elektronische Communicatie bepaalt dat *“abonnees het recht hebben om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen het contract zonder boete op te zeggen. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren individueel ter kennis gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete het contract op*

te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden. In geval van een tariefverhoging de abonnee het recht heeft om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de ontvangst van de eerste factuur na de inwerkingtreding van de wijzigingen”.

- **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?

Gebruikersorganisatie: [De klant moet transparant ingelicht worden van veranderde voorwaarden in de scheiding publiek / managed internet.](#)

- I) **M.b.t. Modaliteiten opzeg contracten**: Artikel 111/3 van de Wet Elektronische Communicatie bevat bepalingen over de modaliteiten voor de opzeg van contracten door gebruikers.
 - **Acht u deze reglementering effectief** voor de nagestreefde doelstellingen inzake netneutraliteit? **Zo nee**, welke bijkomende aspecten wil u beklemtonen?
- J) **M.b.t. Andere maatregelen**: Welke rol ziet u weggelegd voor bijkomende maatregelen inzake netneutraliteit?

15. **Bestaande instrumenten algemene evaluatie**

- A) Bent u van oordeel dat de bestaande reglementering inzake netneutraliteit (cf. infra) **voldoende is voor het remediëren** van eventuele inbreuken op het principe van netneutraliteit?
- B) Bent u van oordeel dat de bestaande reglementering inzake netneutraliteit (cf. infra) **voldoende is voor het voorkomen** van toekomstige inbreuken op het principe van netneutraliteit?

16. Wat betreft **uw globale evaluatie van de reglementering en regulering** (i.e. toepassing van de reglementering)

- A) Welke zijn volgens u de sterke en/of zwakke punten van het huidige Belgische regime?
 - B) Welke zijn volgens u de sterke en/of zwakke punten van het bestaande wetsvoorstel?
 - C) Welke reglementaire maatregelen (wetten, arresten) zouden moeten/kunnen toegepast/aangepast worden, en waarom?
- D) Welke regulatoire maatregelen (beslissingen BIPT) zouden moeten/kunnen toegepast/aangepast worden, en waarom?

Bijlage 5. Projet d'une « Charte des bonnes pratiques en matière de neutralité des réseaux (Internet) »

Préambule

Les développements sans cesse continus des réseaux et leurs implications au niveau de la vie courante des utilisateurs ont permis l'avènement d'une société moderne, dite numérique. Dans ce contexte s'est développée la neutralité des réseaux, un principe général de politique qui - en tenant compte des définitions actuelles et de la situation spécifique de la Belgique - pourrait être défini comme : *"Neutralité de l'Internet" : Alle elektronische communicatie die door een netwerk gaat wordt gelijk behandeld, zonder afbreuk te doen aan toepasselijke wet- of regelgeving. Het feit dat alle communicatie gelijk wordt behandeld betekent dat het wordt behandeld, onafhankelijk van (i) de inhoud, (ii) de toepassing, (iii) de dienst, (iv) het apparaat, (v) het adres van de afzender, en (vi) het adres van de ontvanger. Onafhankelijkheid van het adres van de zender en de ontvanger houdt in dat de behandeling losstaat van de eindgebruiker en de inhoud/toepassing/dienstverlener⁵⁰⁸. Des mesures de gestion de trafic licites doivent rester possibles⁵⁰⁹. »*

Depuis le début des années 2000, la controverse nourrie par ce principe s'est développée aux Etats-Unis et, par la suite, en Europe, apportant des réponses différentes en fonction de la spécificité de leur marché des communications électroniques. Les mesures européennes furent prises lors de la réforme du cadre réglementaire européen de 2009 avec l'adoption des directives « mieux légiférer » et « droits des citoyens », transposé en Belgique par la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques.

La présente charte se fonde sur un certain nombre de principes parmi les suivants :

- Un Internet neutre et ouvert est essentiel pour l'exercice des droits des utilisateurs finaux, en particulier la liberté d'expression
- Les utilisateurs finaux devraient avoir la possibilité d'effectuer le choix qui leur convient le mieux parmi des offres d'accès à Internet compétitives
- Les utilisateurs finaux devraient disposer d'un choix concurrentiel sur des offres d'accès et des fournisseurs de services qui conviendraient le mieux à

⁵⁰⁸ Voy. BEREC, Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, BoR (10) 42, 30 September 2010, p. 2-3; BEREC, BEREC public consultations on Net Neutrality - Explanatory paper, BoR (12) 34, 29 May 2012, p. 1; BEREC, Report - An assessment of IP interconnection in the context of Net Neutrality, BoR (12) 130, 6 December 2012, p. 4; BEREC, Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality - Final report, BoR (12) 132, 26 November 2012, p. 4-5. Nous traduisons.

⁵⁰⁹ Nous ajoutons. Les « mesures de gestion de trafic licites » visent les mesures de gestion de trafic qui sont en conformité avec la réglementation applicable ou accepté par les autorités réglementaires nationales compétentes.

leurs besoins sur la base d'un large panel de tarifs et de différentes capacités de service dans un marché concurrentiel.

- Une gestion honnête du réseau, sans discriminations injustifiées, est un outil indispensable pour fournir des services aux utilisateurs finaux. Il est dès lors nécessaire de pouvoir gérer les réseaux pour garantir un fonctionnement efficace des services et des réseaux.
- Dans le respect du principe selon lequel le cadre réglementaire devrait être technologiquement neutre, la neutralité de l'Internet s'applique aussi bien aux réseaux et services de communications électroniques publics fixes qu'aux réseaux et service de communications électroniques publics mobiles.

La présente charte entend tenir compte de ces différents intérêts en soulignant l'existence des droits actuels des utilisateurs en ligne ainsi qu'en clarifiant les engagements des fournisseurs afin d'en garantir leur effectivité. Ces engagements ne visent que les services mis à disposition des utilisateurs finals par les différents signataires. La charte ne peut cependant se substituer aux obligations légales et réglementaires et/ou au pouvoir de supervision et de sanction de l'IBPT.

Chapitre 1 : Principes généraux

La réglementation européenne et belge prévoit un ensemble de principes généraux qui vise à couvrir la neutralité d'Internet sous différents aspects en termes d'objectifs.

En effet, les articles 6,2° et 8, 7° de la loi du 13 juin 2005 prévoit que l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications :

1. *«promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques»*, et
2. *« soutiennent les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix ».*

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

les utilisateurs finals aient le droit à une connexion Internet qui leur permet d'envoyer et recevoir les contenus, d'utiliser les services et applications, et de connecter les terminaux de leur choix.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser l'accès à l'Internet, à ce que :

1. Les utilisateurs finals aient le droit d'avoir une connexion Internet qui leur permet d'avoir accès à une capacité et une qualité prédéfinie ;

2. les utilisateurs finals aient le droit à une connexion internet qui est libre de toutes limitations liées au type d'application, de services, de contenus, ou basées sur l'adresse de l'émetteur ou du récepteur des données ; et
3. les utilisateurs finals aient le droit à une connexion à l'Internet qui possède un débit suffisant pour permettre d'avoir un accès fonctionnel à l'Internet tel que défini par la réglementation belge actuel et déjà offert par les opérateurs de marché.

Chapitre 2 : Transparence

La transparence est un des moyens avancés afin de traiter la question de la Neutralité de l'Internet dans le but ultime que l'utilisateur puisse choisir, de manière éclairée et en connaissance de cause, son fournisseur d'accès à Internet. Le cadre réglementaire européen et le cadre belge des communications électroniques prévoient plusieurs dispositions en relation avec la transparence :

Art. 108, § 1, b) 2°, 4° et 6° tiret L2005 (67, 1, c) L2012)

« Tout contrat conclu entre un abonné et un opérateur, [...] contient au moins les informations suivantes sous une forme claire, détaillée et aisément accessible :

- l'information sur toutes autres conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation, lorsque ces conditions sont autorisées en vertu des dispositions légales et réglementaires et l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthode déterminée par l'Institut;*
- l'information sur toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter de saturer ou sursaturer une ligne du réseau, et l'information sur la manière dont ces procédures pourraient se répercuter sur la qualité du service;*
- toute restriction imposée par le fournisseur à l'utilisation des équipements terminaux fournis. »*

Art. 111/1, 2° L2005 (72 L 2012)

« L'Institut peut obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à informer les abonnés de toute modification des conditions légalement autorisées limitant l'accès à des services ou des applications, et/ou leur utilisation. »

Art. 113, § 5 L2005 (72 L 2012)

« Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ainsi que les entreprises fournissant des services de communications électroniques accessibles au public fournissent à l'Institut des informations sur toute procédure mise en place par le fournisseur pour mesurer et orienter le trafic de manière à éviter la saturation ou la surcharge d'une ligne du réseau.

Ces mêmes entreprises publient sur leur site Internet, à l'intention des utilisateurs finals, des informations sur les répercussions éventuelles de ces procédures sur la qualité du service. Les informations sont également communiquées à l'Institut avant leur publication.

L'Institut dispose d'un délai d'un mois pour formuler ses observations éventuelles. Les entreprises ne peuvent publier les informations qu'après avoir tenu compte de ces observations. »

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

les utilisateurs finals soient informés sur toutes les procédures visant à orienter le trafic ou à limiter l'utilisation de services ou applications, ainsi que les restrictions imposées à l'utilisation de terminaux.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser la transparence de leurs services, à ce que :

1. les opérateurs de réseaux, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet fournissent de manière proactive aux utilisateurs finals toutes les informations utiles concernant toute procédure mise en place par l'entreprise pour mesurer et orienter le trafic. Sont notamment visés par « les procédures mises en place pour mesurer et orienter le trafic toute restriction imposée à l'utilisation des équipements terminaux ainsi que toutes conditions limitant l'accès à des services et applications et/ou leur utilisation.
2. les utilisateurs finals ont droit à l'information relative à la vitesse et au volume de téléchargement d'une connexion à haut débit qui est mesurée conformément à la méthodologie déterminée par l'Institut.
3. les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet fournissent les informations sur les modifications des conditions de fourniture du service d'accès à Internet.
4. les informations fournies à l'utilisateur final seront accessibles, claires, compréhensibles, précises et doivent permettre une comparaison aisée avec d'autres produits ou services proposés par la concurrence, par exemple en les présentant sur une page web spécifique et comparable sur leur site web.
5. le niveau d'information fourni soit pertinent et adapté aux besoins spécifiques des utilisateurs finals
6. Les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet acceptent que les autorités communiquent de manière proactive les listes de sites bloqués ou tout autre type d'influences sur le trafic.

Chapitre 3 : Changement de fournisseur

La transparence à l'égard des services proposés par les fournisseurs d'accès à Internet a pour but de permettre à l'utilisateur final de choisir le fournisseur qui lui

convient le mieux. Cependant, pour que cette transparence soit effective, il est nécessaire que l'abonné puisse changer de fournisseur quand celui-ci change les conditions contractuelles ayant pour effet que la qualité de service soit affectée. La réglementation européenne et belge prévoit à cet égard que :

Art. 108, §2 L2005 (67, 3° L2012)

dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification d'une clause de contrat conclu, les abonnés ont le droit de résilier leur contrat, sans pénalité.

A ce titre, les présents signataires de la charte démontrent leur volonté d'implémenter la législation européenne et belge de manière à ce que :

Les utilisateurs finals aient le droit de dénoncer leur contrat sans pénalités, en particulier quand cela concerne la gestion du trafic, dès lors qu'ils sont avertis de modifications apportées aux conditions contractuelles.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser la possibilité de l'utilisateur de changer de fournisseur d'accès à Internet, à ce que :

les utilisateurs finals ont le droit d'être informés de la possibilité de pouvoir résilier son contrat lorsque de nouvelles conditions contractuelles, affectant la qualité de service d'accès à Internet ainsi qu'aux services, applications et à l'utilisation de terminaux, sont mises en place.

Chapitre 4 : Qualité de service

La voie d'imposer la qualité de service est la dernière voie de recours en cas d'échec des autres moyens mis en place pour assurer une neutralité de l'Internet (transparence, changement de fournisseur, etc.). L'article 22(3) de la directive « service universel », transposé par l'article 113§4 de la loi du 13 juin 2005, permet à l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications en cas de congestion des réseaux d'imposer des minima de qualité :

Art. 113, § 4 L2005 (72 L 2012)

Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, l'Institut peut imposer des exigences minimales en matière de qualité des services aux fournisseurs de réseaux publics

A cet égard, les présents signataires démontrent leur volonté de préserver la neutralité de l'Internet en s'engageant à ce que :

1. les utilisateurs finals aient droit à une qualité de service suffisante pour qu'ils puissent jouir de toutes les fonctionnalités d'un produit, d'un service, d'une application ou d'un terminal avec une qualité d'expérience satisfaisante. Les exigences en la matière prévues par l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications seront pleinement respectées.
2. en cas de congestion des réseaux, les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet traiteront en priorité les données sensibles au temps de réaction (tel que la VoIP, par exemple).

Chapitre 5 : Services gérés

Des services gérés peuvent être des compléments utiles à la neutralité de l'Internet. Ces derniers ne lui font pas nécessairement obstacle mais ne doivent pas prendre le pas sur les services non-gérés (ou « Internet Access Services », pour reprendre la terminologie utilisée par l'Organe des Régulateurs Européen des Communications Electroniques dans ses lignes de conduite du 26 novembre 2012 concernant la qualité de service dans le cadre de la neutralité de l'Internet), à tel point que cet « Internet public » devienne une ressource inutilisable.

Les présents signataires s'engagent également, à titre complémentaire de leurs obligations légales en vue de favoriser l'accès à l'Internet, à ce que :

1. les utilisateurs finals ont le droit à un Internet public dont la qualité de service ne peut être diminuée déraisonnablement dans le but de proposer des offres de services gérés.
2. Les opérateurs et les fournisseurs d'accès à Internet s'engagent à développer aussi bien le « best effort » que les services gérés sans que le développement de ces derniers cause un préjudice aux premiers.

Chapitre 6 : Protection de la vie privée et des données à caractère personnel

La loi 8 décembre 1992 régit le traitement des données à caractère personnel en déterminant sous quelles conditions ce traitement peut avoir lieu. Compte tenu que certaines techniques de gestion du trafic peuvent être attentatoires à la vie privée et à la protection des données, les présents signataires s'engageront à ce que :

les utilisateurs finals aient droit à ce que les opérateurs de réseaux, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet, utilisent les pratiques les moins attentatoires possibles eu égard à la vie privée des utilisateurs finals en se conformant aux prescrits de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ainsi que les arrêtés pris en exécution de cette dernière.

Chapitre 7 : Contrôle

Sans préjudice de tout recours entre les signataires sur base du droit civil, la charte prévoit des mécanismes de contrôle du respect des engagements pris dans la présente charte grâce à des procédures permettant une réaction en cas d'infraction en s'en référant à l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications.

Dans ce contexte, l'IBPT sera compétent pour intervenir en cas de plainte d'un opérateur signataire contre un autre en vue de les concilier sur base de l'article 14, § 1, 4° de la loi « IBPT-Statut ».

D'autre part, l'article 43bis, § 3 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991) permet à un utilisateur final, qui se plaint que, par une de ses activités, un opérateur signataire ne respecte pas la charte, de saisir le Service de Médiation pour les télécommunications afin que ce dernier examine la plainte, s'entremette pour trouver un compromis à l'amiable ou émette une recommandation à l'opérateur visé si un compromis à l'amiable ne peut être trouvé.

La charte n'exempte pas ses signataires de leurs obligations légales et l'IBPT reste compétent pour prendre les mesures qui relèvent de ses attributions en vertu de la loi et des arrêtés.
